



La representación de los trabajadores en las empresas transnacionales

Autor: Luis Gordo González

Directora: Ana María de la Puebla Pinilla

Departamento de Derecho Privado, Social y Económico
Facultad de Derecho
Madrid, Abril 2016

ÍNDICE

ÍNDICE.....	1
INTRODUCCIÓN.....	7
CAPÍTULO I. EL CONCEPTO DE EMPRESA SOBRE EL QUE CONSTRUIR LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL	17
I. LA GLOBALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL.....	17
II. LA EMPRESA: UN CONCEPTO CON MÚLTIPLES ARISTAS	23
1. <i>Consecuencias de los cambios organizativos sobre la articulación de la representación de los trabajadores</i>	<i>27</i>
a. La representación de los trabajadores en los procesos de subcontratación	30
b. La representación de los trabajadores en misión	34
c. La representación de los trabajadores ante la sucesión empresarial	41
d. La representación de los trabajadores en las empresas descentralizadas: el grupo de empresas	47
III. EL EMPRESARIO COMPLEJO.....	55
1. <i>El uso intensivo de los grupos y del outsourcing en el cambio de modelo organizativo: las redes empresariales</i>	<i>56</i>
2. <i>La empresa en red o empresa por dominación.....</i>	<i>62</i>
3. <i>La red de empresas o empresa por coordinación</i>	<i>69</i>
IV. LA EMPRESA TRANSNACIONAL.....	74
1. <i>Una realidad económica al margen del derecho</i>	<i>74</i>
2. <i>Las estrategias de las empresas para internacionalizar su actividad.....</i>	<i>80</i>
3. <i>La internacionalización de las redes empresariales: la empresa transnacional.....</i>	<i>90</i>
4. <i>La representación de los trabajadores en las empresas transnacionales</i>	<i>94</i>
CAPÍTULO II. EL COMITÉ DE EMPRESA EUROPEO: LA RECONSTRUCCIÓN DE LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EMPRESAS DE DIMENSIÓN COMUNITARIA	99
I. HITOS EN LA CONSTRUCCIÓN DE LOS COMITÉS DE EMPRESA EN EUROPA	99
1. <i>Los Comités de Empresa pioneros en la representación transnacional europea.....</i>	<i>101</i>
2. <i>La europeización de la representación de los trabajadores</i>	<i>104</i>
3. <i>La revisión de la Directiva sobre Comités de Empresa Europeos.....</i>	<i>106</i>
II. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL COMITÉ DE EMPRESA EUROPEO AL AMPARO DE LAS DIRECTIVAS 94/45/CE Y 2009/38/CE	108

1.	<i>Sujetos legitimados y responsabilidad: Ámbito de aplicación de la normativa europea ...</i>	114
2.	<i>Ámbito objetivo de aplicación de las Directivas.....</i>	118
3.	<i>Formación de la comisión negociadora</i>	121
4.	<i>El proceso de negociación para la constitución del Comité de Empresa Europeo</i>	126
5.	<i>Competencias del Comité de Empresa Europeo.....</i>	129
6.	<i>Resultado de las negociaciones: especial referencial al modelo subsidiario</i>	131
a.	El régimen subsidiario articulado en la Directiva 2009/38/CE	136
b.	Las normas subsidiarias y complementarias nacionales: el prototipo español	140
7.	<i>Tutela de los Derechos</i>	146
III.	LOS COMITÉS DE EMPRESA EUROPEOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....	150
1.	<i>La implementación de los Comités de Empresa Europeos en España</i>	150
2.	<i>Requisitos formales de la puesta en funcionamiento de los Comités de Empresa Europeos</i>	155
3.	<i>Delimitación de los sujetos que conforman el Comité de Empresa Europeo en España.....</i>	158
4.	<i>El funcionamiento de los Comités de Empresa Europeos españoles.....</i>	162
5.	<i>La articulación de los Comités de Empresa Europeos en la negociación colectiva nacional</i>	169
IV.	EXPECTATIVAS Y PROBLEMAS SIN RESOLVER DE LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EUROPA	171

CAPÍTULO III. LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES A TRAVÉS DE SU PARTICIPACIÓN EN LA GESTIÓN EMPRESARIAL: EL MODELO EUROPEO DE COGESTIÓN 177

I.	INTRODUCCIÓN	177
II.	LAS EXPERIENCIAS NACIONALES DE COGESTIÓN COMO MARCO DE REFERENCIA PARA LAS SOCIEDADES EUROPEAS	183
1.	<i>El modelo alemán como referencia.....</i>	186
a.	La cogestión paritaria.....	191
b.	La cogestión cuasi-paritaria	194
c.	La cogestión subparitaria	196
2.	<i>El modelo nórdico.....</i>	197
3.	<i>El modelo mediterráneo: especial referencia a España</i>	200
4.	<i>El modelo restringido</i>	203
5.	<i>Modelos alternativos</i>	205
III.	LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LAS SOCIEDADES EUROPEAS.....	208
1.	<i>La Sociedad Anónima Europea.....</i>	210
a.	El régimen jurídico de la Sociedad Anónima Europea: marco normativo general	210
a.1.	La implantación de la Sociedad Anónima Europea en las economías comunitarias: ¿un éxito o una oportunidad desaprovechada?	219
b.	La caracterización del proceso de constitución de la Sociedad Anónima Europea	225
c.	La delimitación de la implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea: régimen jurídico	233
c.1.	La negociación del sistema de implicación de los trabajadores	238
c.2.	‘El principio “antes-después” como mecanismo para evitar una huida de los sistemas tradicionales de participación de los trabajadores	244
c.2.1.	Constitución y objeto del principio	244
c.2.2.	Problemas en la aplicación del principio “antes-después”	245

c.3.	Resultado de la negociación para la constitución de una Sociedad Anónima Europea.....	250
c.3.1.	Finalización de las negociaciones con acuerdo entre las partes	251
c.3.2.	Finalización de las negociaciones sin acuerdo	254
c.4.	El funcionamiento de los órganos de representación en la Sociedad Anónima Europea.....	262
c.5.	Las normas de referencia	263
c.5.1.	La representación de los trabajadores a través del Comité de Empresa de la Sociedad Anónima Europea	266
c.5.2.	La participación de los trabajadores	274
d.	La Sociedad Anónima Europea en el ordenamiento español	275
2.	<i>El resultado de la participación de los trabajadores en la administración de la sociedad .</i>	285

CAPÍTULO IV. LA REPRESENTACIÓN FLEXIBLE DE LOS TRABAJADORES EN LAS EMPRESAS

TRANSNACIONALES: MÁS ALLÁ DE LAS FRONTERAS COMUNITARIAS287

I.	INTRODUCCIÓN.....	287
1.	<i>La insatisfactoria representación de los trabajadores en las relaciones laborales transnacionales</i>	287
2.	<i>Las Redes Sindicales y los Comités de Empresa Mundiales: embrionarias estructuras de representación de los trabajadores en las empresas transnacionales</i>	290
II.	LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA TRANSNACIONAL: RETOS Y OPORTUNIDADES	294
III.	LA PRIVATIZACIÓN DE LAS NORMAS LABORALES EN EL MERCADO LABORAL TRANSNACIONAL	299
1.	<i>Cuestiones generales</i>	299
2.	<i>Delimitación del concepto de Responsabilidad Social Corporativa</i>	303
3.	<i>Los instrumentos de gestión de la Responsabilidad Social Corporativa: de la autorregulación a la corregulación</i>	313
a.	Convenios de referencia	317
a.1.	Directrices de la OCDE para las empresas Multinacionales	319
a.2.	Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social	321
a.3.	Pacto Mundial o Global Compact.....	323
a.4.	Norma ISO 26000	325
b.	Códigos éticos o de conducta	328
b.1.	Contenido de los acuerdos unilaterales	332
c.	Los Acuerdos Marco Globales: La negociación colectiva global	338
c.1.	Aproximación inicial a los Acuerdos Marco Globales	338
c.2.	Desde la unilateralidad hasta la negociación: los sujetos intervinientes.....	342
c.2.1.	La negociación colectiva sectorial internacional	349
c.3.	Contenido de los Acuerdos Marco Globales.....	353
4.	<i>La dimensión externa de la Responsabilidad Social Corporativa</i>	357
5.	<i>Criterios de articulación de las normas de Responsabilidad Social Corporativa transnacionales: convenios de referencia, códigos éticos (internos e externos) y Acuerdos Marco Globales</i>	361
6.	<i>Control de los instrumentos de Responsabilidad Social Corporativa</i>	366
a.	La información y publicidad como vía para garantizar la Responsabilidad Social Corporativa	367
b.	La intervención de los poderes públicos.....	370
c.	Control por los trabajadores y sus representantes.....	372
d.	Mecanismos de control internos	374
e.	Mecanismos de control externos	376
f.	La contractualización del control: la vigilancia de la cadena de producción	378
g.	Mecanismos alternativos de control	381
g.1.	El delegado social	381
g.2.	La presión social	382

g.3.	El etiquetado social	384
7.	<i>Eficacia de la Responsabilidad Social Corporativa transnacional: ¿es posible su tutela judicial?</i>	387
a.	Procesos y acciones judiciales.....	390
a.1.	La Responsabilidad Social Corporativa como versión descafeinada de la negociación colectiva: riesgos y oportunidades	390
a.2.	La eficacia de la Responsabilidad Social Corporativa a través del control de la publicidad	392
a.3.	Buena fe y prácticas consuetudinarias	398
a.4.	Eficacia alternativa	400
b.	Normas de conflicto	400
CONCLUSIONES		409
LISTADO DE ABREVIATURAS		421
BIBLIOGRAFÍA		427

INTRODUCCIÓN

El Derecho del Trabajo se erigió como un instrumento para equilibrar el poder de los sujetos protagonistas de las relaciones laborales, empleadores y trabajadores¹. Con esa finalidad se articularon instituciones que pretendían equiparar la capacidad del trabajador, para defender sus derechos e intereses, a la del empresario. Esencial, a estos efectos, fue el reconocimiento e institucionalización de la representación de los trabajadores.

El marco laboral en general y la representación de los trabajadores en particular se construyeron sobre unas relaciones laborales clásicas. Protagonizadas por un proletariado industrial, con una fuerte conciencia de clase, que prestaba sus servicios mediante vínculos contractuales estandarizados –por cuenta ajena, indefinidos y a jornada completa–, en empresas que podían ser descritas como “pequeñas ciudades compactas y autosuficientes, en la que todas las funciones se desarrollaban en su interior”².

Sin embargo, es un hecho notorio que el modelo de empresa fordista o taylorista, sobre el que se construyó el Derecho del Trabajo clásico, está en crisis desde hace tiempo y se ha visto afectado por diferentes modificaciones que han afectado a sus elementos nucleares³.

¹ El Derecho del trabajo es, en este sentido, un “modelo para armar” en una expresión ya clásica en la doctrina, BAYLOS GRAU, Antonio, *Derecho del trabajo, modelo para armar*, Trotta, 1991, ROJO TORRECILLA, Eduardo, “Pasado, presente y futuro del Derecho del Trabajo” en *Relaciones Laborales*, 1997, vol. II, p. 246.

² LOFFREDO, Antonio, “Sobre las transformaciones de la figura del empresario...”, *op. cit.*, p. 25.

³ En términos similares *vid.* MOLERO MARAÑÓN, M^a Luisa, “Sobre la inminente necesidad de revisar el concepto de empresario en su dimensión jurídico-laboral”, en *Relaciones Laborales*, 2001, núm. 7, p. 1; PUEBLA PINILLA, Ana de la, *La empresa como objeto ...*, *op. cit.*, p. 30; DESDENTADO DAROCA, Elena, “La responsabilidad del empresario...”, *op. cit.*, p. 187; PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, “La responsabilidad del...”, *op. cit.*, p. 222. VALDÉS DAL-RE, Fernando, “La descentralización productiva y la formación de un nuevo paradigma de empresa”, en *Relaciones Laborales*, vol. 2, 2001, p. 63. Sin infravalorar la evolución del concepto clásico de empresa, es importante señalar que quizá su forma originaria pura solo

En una primera etapa, los cambios en el modelo empresarial afectaron a la descentralización productiva, provocando la intervención de terceros sujetos en una relación que hasta ese momento había sido exclusivamente bilateral. Los Estados han tratado de responder a este reto, pero aún hoy la articulación de la representación de los trabajadores plantea relevantes problemas fruto de esas nuevas relaciones triangulares o plurales, para articular correctamente, por ejemplo, la representación de los trabajadores en misión o de los trabajadores en las contratas y subcontratas.

Asimismo, cada vez se encuentra más difuminada la frontera entre el trabajo por cuenta ajena y el trabajo autónomo, lo que complica aún más la articulación de la representación de los trabajadores. Ello a pesar de que se hayan incorporado figuras intermedias al ordenamiento laboral en un intento por extender la protección del Derecho del Trabajo, como ocurre, por ejemplo, con el trabajador autónomo económicamente dependiente⁴, que se suma a otras figuras con regímenes de protección laboral parciales⁵.

De forma simultánea y más problemática, el paradigma clásico de empresa, incluso aquélla que acudía a fórmulas de descentralización, se ha terminado deshaciendo, provocando que los conceptos económico y jurídico de empresa se disocien y terminen siendo realidades diferentes⁶. Los ordenamientos jurídicos no han logrado dar una respuesta unitaria y satisfactoria a la representación de los trabajadores en los grupos y redes empresariales de dimensión nacional. Y ello porque siguen articulando sus modelos sobre el concepto jurídico de empresa y no sobre la unidad productiva económica real, compuesta por una pluralidad de empresas con personalidad jurídica propia.

Finalmente, el último gran avance en la evolución de la actividad empresarial ha sido la expansión de su deslocalización⁷. Las empresas, cada vez más, se han convertido

existió en los textos legales, al respecto *vid.* CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Los cambios en la organización de la empresa...”, *op. cit.*, p. 36.

⁴ Es cierto que autorizada doctrina defendió la extensión, parcial y limitada por la naturaleza de las cosas, del ordenamiento laboral a los trabajadores autónomos, PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, “El trabajo autónomo y las propuestas de refundación del Derecho del Trabajo” en *Relaciones Laborales*, 2000, vol. 1, p. 442. Pero esta extensión ha sido utilizada como vía para precarizar la posición de los falsos autónomos.

⁵ Es el caso de las relaciones laborales especiales y del régimen jurídico aplicable en función de la modalidad contractual elegida, BAYLOS GRAU, Antonio, “Prestación de trabajo ...” *op. cit.*, p. 69. Sobre la fragmentación jurídica del trabajo *vid.* SUPIOT, Alain, *Crítica del Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 52-55.

⁶ Téngase en cuenta que el concepto económico de empresa (“*empresa es la unidad económica que combina un conjunto de elementos humanos, técnicos, y financieros, localizados en una o varias unidades técnicas y físico-espaciales, ordenados según determinada estructura de organización y dirigidos en base a cierta relación de propiedad y control, con el ánimo de alcanzar unos objetivos determinados*”) incluye lo que en derecho calificaríamos como grupo de empresas, incluso en su vertiente internacional. *Vid.* BUENO CAMPOS, Eduardo *et al.*, *Economía de la empresa...*, *op. cit.*, pp. 48-49.

⁷ La importancia de las empresas transnacionales queda en evidencia al constatar que estas son las responsables de casi la totalidad de la inversión extranjera directa desde hace décadas, MARTÍN-ORTEGA, Olga, *Empresas multinacionales y derechos humanos en derecho internacional*, *op. cit.*, p. 40.

en redes transnacionales que desarrollan su actividad de manera global y fraccionada, entre diversos Estados y a través de la interposición de distintas compañías. La transnacionalización se ve impulsada aún más en el marco de la Unión Europea, pues el mercado interior comunitario lleva aparejado un proceso de internacionalización de las empresas y de los grupos de dimensión comunitaria⁸.

Las especiales características de las empresas transnacionales –pues operan en varios Estados, con una alta capacidad de trasladar su producción de un Estado a otro y con unos presupuestos que en ocasiones superan el producto interior bruto de algunos Estados– facilitan que éstas puedan articular mecanismos más efectivos para “escapar” de los controles establecidos por los Estados⁹, haciéndolas prácticamente inmunes a las regulaciones nacionales, pudiendo eludir su control fácilmente.

Las acciones de las empresas transnacionales, encaminadas a sortear las legislaciones nacionales, han sido especialmente intensas en materia fiscal, donde de manera notoria han incurrido en evasión de impuestos o, en el mejor de los casos, en la elusión de los mismos como mecanismo para incrementar sus beneficios¹⁰. En algunas ocasiones incluso auxiliadas por gobiernos que se beneficiaban de esas prácticas elusorias, al convertir sus Estados en centros receptores de impuestos de compañías transnacionales, que en realidad deberían tributar en los Estados en los que se generaba su actividad¹¹.

⁸ ORTIZ LALLANA, Carmen, “La participación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 223

⁹ Se ha llegado a señalar que “la alergia crónica de las empresas a las normas laborales heterónomas se acentúa si cabe en el caso de las empresas globales”, *vid.* VIVERO SERRANO, Juan Bautista, “Las redes sindicales...”, *op. cit.*, p. 183. Asimismo, se ha manifestado que la globalización lleva aparejada la desregularización y la re-regularización de las estructuras productivas. Por tanto, deja de poder regularse la actividad productiva de las empresas a través del clásico binomio Estado (nación) / mercado productivo, volviendo sus regulaciones en prescindibles e ineficientes, e imponiéndose una nueva regulación sobre la base de que la flexibilidad de la normativa facilita la competitividad, *vid.* BAYLOS, GRAU, Antonio, “Globalización y Derecho...”, *op. cit.*, p. 21. No obstante, las tendencias elusorias no son patrimonio exclusivo de las empresas transnacionales. En este sentido, el Profesor de la Villa identificó diferentes tendencias entre las empresas españolas en el postfranquismo, todas ellas dominadas por el intento de evitar el control de la legislación laboral, VILLA GIL, Luis Enrique de la, “El concepto de empresario-empleador ...”, *op. cit.*, p. 31 y ss.

¹⁰ La evasión de impuestos implica una conducta delictiva, mientras que la elusión fiscal se sitúa normalmente en los límites de la legalidad. Sin embargo, muchas formas de elusión fiscal son contrarias al espíritu de la ley, pues en ellas se hace una interpretación lo más laxa posible de lo “legal” con la intención de reducir al mínimo la contribución fiscal global de la empresa.

¹¹ Quizá el supuesto reciente más mediático ha sido el denominado “caso Junker”, por el Presidente de la Comisión Europea que antes fue primer ministro luxemburgués durante 18 años y también ministro de Finanzas. Entre 300 empresas, según los medios de comunicación, o más de una decena, según el número de sociedades investigadas por la Comisión Europea, se beneficiaban de la política fiscal encubierta aprobada por Luxemburgo. Este Estado permitía a algunas empresas transnacionales que tributaran en su país a un tipo reducido del 2% sobre sus ganancias, frente al 28,6% que rige en Luxemburgo. La elusión, favorecida por el gobierno luxemburgués, permitía a estas empresas no tributar en el país europeo donde se generara la actividad económica de la empresa, donde el tipo medio se sitúa en el 21%. El beneficio para Luxemburgo era claro, lograba que grandes corporaciones transnacionales tributaran al 2%, con los ingresos que ello suponía para sus arcas públicas, cuando de no haber aprobado esta normativa estas compañías no habrían tributado nunca en Luxemburgo.

Esta práctica más o menos generalizada de las empresas de dimensión global ha provocado la toma de conciencia de los Estados y de las organizaciones internacionales en el terreno fiscal, lo que ha permitido que progresivamente se pongan en marcha medidas encaminadas a limitar y controlar la actividad fiscal de las sociedades transnacionales¹². Pese a que el grado de cumplimiento de la normativa laboral también es cuestionable, no se ha alcanzado, sin embargo, el mismo nivel de articulación de una respuesta para asegurar su cumplimiento. De hecho, los posibles instrumentos parecen encontrarse en un estado poco desarrollado¹³.

Además de la posibilidad de escapar más fácilmente del control legal, la actividad de las empresas transnacionales diverge respecto de las empresas tradicionales en dos aspectos fundamentales, que condicionan cómo debe afrontarse la regulación de la representación de los trabajadores. Por una parte, la distancia en la toma de decisiones y, por otra, la convivencia de diferentes tradiciones de relaciones industriales en la misma empresa o grupo de empresas¹⁴.

Que algunas o todas las decisiones se tomen por parte de la dirección de la matriz, al margen de la estructura de la filial, y vengan impuestas a la dirección local y, por tanto, a la plantilla, puede generar efectos perversos. En primer lugar, puede inducir a que la dirección de la matriz, alejada de la realidad cotidiana de la filial, caiga en exigir más a los empleados de empresas filiales que a los empleados de la matriz, despreocupándose de la viabilidad de la empresa y explotando a la filial solo como un medio para obtener ganancias económicas con las que nutrir y aumentar los beneficios de la matriz. Asimismo, la toma de decisiones a gran distancia, sin una correcta pedagogía de las mismas, puede provocar susceptibilidades en los trabajadores de las filiales y hacerles creer que las decisiones de la matriz no se toman en beneficio de su empresa, aunque esto pueda no ser cierto. Ambas tendencias, sin

¹² Como ejemplo de medidas recientes contra la evasión/elusión pueden citarse: la Comunicación de la Comisión Europea, sobre la transparencia fiscal para luchar contra la evasión y la elusión fiscales, de 18 de marzo de 2015 (COM/2015/0136 final) o las medidas anunciadas por Australia para evitar que las grandes multinacionales no paguen sus impuestos en Australia (*Australian Taxation Office, Budget Measures, Budget Paper* núm. 2, 12 de mayo de 2015, p. 14).

¹³ La aprobación de normas encaminadas a regular la globalización económica, aunque de forma muy lenta y singularizada en la regulación fiscal, confirma que, tal y como se había señalado, la falta de respuesta de los ordenamientos jurídicos a los retos que planteaba la globalización no era fruto de una incapacidad del Derecho, sino más bien de una manifiesta falta de voluntad de política, VIVERO SERRANO, Juan Bautista, “Las redes sindicales...”, *op. cit.*, p. 182.

¹⁴ Además de los elementos citados, que en nuestra opinión son los más relevantes, la doctrina ha identificado los problemas económicos agravados por la condición de filial y una tendencia a usar más intensamente la fuerza de trabajo de la filial como fuente de problemas adicionales en las filiales. Al respecto, *vid.* STEUER, Max y GENNARD, John, “Relaciones industriales...”, *op. cit.*, pp. 146-147. Asimismo, se ha señalado que las dos mayores debilidades de la regulaciones internacionales son: la dependencia que las normas internacionales tienen de las normas nacionales, en la mayoría de las ocasiones su aplicabilidad requiere de una transposición nacional; y la ausencia de obligaciones efectivas en los Estados que vincule a las empresas transnacionales con los principios básicos laborales, *vid.* HEPPLET, Bob, “A race to the top? ...”, *op. cit.*, p. 361.

duda, provocan una reducción de la productividad de las filiales, la desmotivación de la plantilla y un aumento de la conflictividad laboral muy superiores a los niveles de una empresa que desarrolla su actividad en un solo Estado.

En segundo lugar, la presencia de la compañía en varios Estados induce a que en la misma empresa o en el mismo grupo de empresas convivan relaciones laborales diferentes que también pueden ser un foco de tensiones entre filial y matriz. Desde la filial sentirán que las decisiones impuestas por la matriz chocan y contradicen la costumbre imperante en el Estado de acogida. Ello puede provocar que las filiales sean reticentes a cumplir con unas normas o reglas que perciben como impuestas y menos tuitivas. Sin embargo, dependiendo de cuál sea la “cultura laboral” de la matriz puede darse el escenario inverso, es decir, que las relaciones laborales importadas desde el ordenamiento de la matriz sean percibidas por la filial como más protector y, por tanto, en lugar de ser fuente de conflicto sean una fuente de paz social en la empresa¹⁵.

Los efectos descritos de ambas variables serán más o menos intensos en función del grado de internacionalización de la empresa o del grupo empresarial y de las características de los Estados en los que presten sus servicios. La presencia en un mayor número de Estados, sin duda, vuelve más compleja la estructura de la empresa transnacional y, por tanto, contribuye sobremanera a alejar la toma de decisiones de las filiales. Además, la convivencia de distintas tradiciones será más cómoda cuanto más similares sean las características de los Estados en los que se desarrolla la actividad empresarial. El establecimiento en Estados con evoluciones similares –por ejemplo, países pertenecientes a una misma región, Latinoamérica, o con instituciones y derechos similares, los países miembros de la Unión Europea– facilita la paz social en la empresa.

Las anteriores variables, que influyen en la manera en la que las empresas transnacionales desarrollan su actividad, vienen a su vez potenciadas por las nuevas formas en las que las compañías prestan sus servicios. La difusión de las fórmulas de organización empresarial por subordinación y por coordinación, junto con el triunfo de posiciones ideológicas que buscan una desregularización, individualización y des-sindicalización de las relaciones laborales, provocan una precarización de la prestación de servicios por cuenta ajena. Es necesaria la búsqueda de nuevos espacios para la negociación colectiva o, al menos, nuevas fórmulas para la representación, información y consulta los trabajadores¹⁶.

¹⁵ Tal posibilidad es puntada por STEUER, Max y GENNARD, John, “Relaciones industriales...”, *op. cit.*, p. 147.

¹⁶ En similares términos, *vid.* LOFFREDO, Antonio, “Sobre las transformaciones de la figura del empresario...”, *op. cit.*, p. 43.

Los distintos retos planteados por la actividad transnacional de las empresas no deben suponer una obsolescencia del Derecho del Trabajo¹⁷. La regulación laboral es hoy tan necesaria como siempre. Pero es cierto que la producción global y los cambios económicos han puesto de manifiesto que más que reformas coyunturales es necesario acometer reformas estructurales en la disciplina laboral¹⁸. Hace falta, por tanto, una clara respuesta supranacional para facilitar que las normas laborales vuelvan a cumplir con su objetivo principal¹⁹, la búsqueda del equilibrio entre las partes.

Ante la necesidad de facilitar nuevas respuestas a las necesidades de representación de los trabajadores en el nuevo paradigma de empresa transnacional, los Estados y algunas instituciones internacionales han dado desconcertantes soluciones. Así, países como Italia, Grecia, España o Portugal han reformado sus sistemas para potenciar la negociación individual y el nivel empresarial en lugar del supraempresarial. Esta tendencia a atomizar las relaciones laborales colectivas quizá tenga como máximo responsable a las propuestas de la TROIKA –compuesta por el Fondo Monetario Internacional, el Banco Central Europeo y la Comisión Europea–, que ha recomendado en numerosas ocasiones la potenciación de la negociación en la empresa como fórmula para flexibilizar las relaciones laborales y hacer más competitiva la economía²⁰.

La solución proyectada por las instituciones internacionales y adoptada con mayores o menores reticencias por los Estados ignora que el centro de trabajo ya no es el lugar idóneo para construir la representación de los trabajadores. De hecho ni siquiera la propia empresa debe ser ya la unidad que rijan la articulación de la representación de los trabajadores²¹, sino el centro de decisión que dirija la producción. Por ello, parece

¹⁷ PÉREZ REY, Joaquín, “El empresario complejo...”, *op. cit.*, p. 57.

¹⁸ ROJO TORRECILLA, Eduardo, “Pasado, presente y futuro del Derecho del Trabajo” en *Relaciones Laborales*, 1997, vol. II, p. 237; PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, “El trabajo autónomo y las propuestas de refundación del Derecho del Trabajo” en *Relaciones Laborales*, 2000, vol. I, p. 438.

¹⁹ BAZ TEJEDOR, José Antonio, “Responsabilidad social empresarial...”, *op. cit.*, p. 89.

²⁰ Statement by the European Commission, the ECB and IMF on the Fifth Review Mission to Greece (Press Release núm. 11/359 del Fondo Monetario Internacional, 11 de octubre de 2011); Commission Staff Working Document: Assessment of the 2012 national reform programme and stability programme for Portugal, Accompanying the document: Recommendation for a Council Recommendation on Portugal's 2012 national reform programme and delivering a Council Opinion on Portugal's updated stability programme for 2012-2016 (SWD/2012/324 final, Bruselas, 30 de mayo de 2012).

²¹ Así, ya se había señalado con anterioridad que solo la negociación en niveles territoriales o profesionales garantiza el ejercicio del derecho a la negociación colectiva para todos los trabajadores SUPLOT, Alain, *Crítica del Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 172.

razonable buscar nuevas formas de representación, al menos, para la representación de los trabajadores de las empresas transnacionales²².

Por tanto, definitivamente los legisladores deberían esforzarse en actualizar el Derecho del Trabajo para ofrecer una respuesta a los nuevos retos de la producción globalizada. En consecuencia, es necesario reforzar y repensar la representación de los trabajadores en los ámbitos supraempresariales²³. Regular los procedimientos de representación, información y consulta a nivel internacional resulta de máxima importancia. No hacerlo aboca a que los procedimientos de negociación previstos mayoritariamente en las legislaciones nacionales queden vacíos de contenido y relevancia. Por ejemplo, en la economía moderna, con un alto nivel de internacionalización en las empresas, en muchas ocasiones las decisiones que se someten a periodos de consulta con la representación de los trabajadores nacionales ya están tomadas en firme por la dirección central de la empresa, que en muchas ocasiones, para mayor escarnio, ni siquiera es la que debe reunirse con la representación de los trabajadores que soportarán la decisión de la dirección. Esta contingencia, sin duda, vacía en muchas ocasiones de contenido la negociación, y permite contemplarla como un mero trámite con el que hay que cumplir.

No obstante, la articulación de un Derecho del Trabajo colectivo transnacional no es una tarea sencilla. Debe enfrentarse a varias carencias que dificultan su punto de partida. En primer lugar, la ausencia de un regulador laboral global²⁴, a la que no tuvo que enfrentarse la construcción del Derecho del Trabajo en los Estados nación.

²² El formalismo que atenaza el derecho del trabajo y que impide la correcta representación de los trabajadores también perjudica otros aspectos de la relación laboral. Así, por ejemplo, el antaño poderoso derecho de huelga con el que los trabajadores defendían en última instancia sus derechos está siendo aplicado de forma demasiado formalista por nuestros tribunales poniendo con ello en seria duda su eficacia. Paradigmática es la sentencia del TS de fecha 27 de septiembre de 1999 (R° 1825/1998), que estimó que el uso por parte de la empresa externas no era un supuesto de esquirolaje externo. Ello aconseja también que se repiensen estos mecanismos de defensa de los trabajadores PÉREZ REY, Joaquín, “El empresario complejo...”, *op. cit.*, p. 64.

²³ En similares términos *vid.* GALLARDO MOYA, Rosario, “La articulación de los derechos colectivos...”, *op. cit.*, p. 243; SIOTTO, Federico, “Las transformaciones de la empresa...”, *op. cit.*, p. 265. La solución para evitar el dumping social requiere arbitrar instrumentos que hagan coincidir de nuevo los ámbitos del mercado y de la regulación laboral de los operadores que compiten en su seno; es decir, siendo el el mercado regional o mundial, la normativa laboral debe ser regional o mundial, *vid.* RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel C., “El Derecho del Trabajo...”, *op. cit.*, p. 166. A los problemas de descentralización productiva se la han sumado los de deslocalización haciendo que esté “en juego la propia eficacia de la función representativa, cuya pervivencia depende, en última instancia, de la superación de las tradicionales estructuras representativas” SAMPER JUAN, Joaquín, “Los sistemas tradicionales...”, *op. cit.*, p. 453.

²⁴ Destacando la ausencia de normas en el nivel internacional *vid.* ALCALÁ DÍAZ, María Ángeles, “Técnicas jurídico-contractuales ...”, *op. cit.* p. 150. Así, también se ha afirmado que desaparecido el monopolio histórico del Derecho del Trabajo por parte del Estado, *vid.* MERCADER UGUINA, Jesús R., “Sistema de fuentes y globalización” en *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 119, 2003, p. 673. En este sentido, también se ha sostenido que el cumplimiento de las normas internacionales de trabajo no puede descansar en una entidad única y jerarquizada. Por tanto, se requiere la intervención de empresa, movimientos sociales, sindicatos, ONG e instituciones públicas, cuya intervención, más o menos consensuada define las nuevas reglas de ciudadanía, *vid.* BOIRAL, Olivier, “Certificar la buena conducta...”, *op. cit.*, p. 355.

Mientras que en los Estados nación los legisladores aprobaron el Derecho del Trabajo como límite a las irregularidades cometidas por algunos empresarios, en el nivel internacional la situación es mucho más compleja porque no existe un organismo que pueda disciplinar la actuación de las empresas transnacionales²⁵.

En segundo lugar, las normas nacionales que se proyectan hacia el mercado internacional o las escasas normas internacionales de diversos sujetos internacionales –como la OIT, la Unión Europea o las Naciones Unidas– se caracterizan cada vez más por sustituir la norma imperativa, característica del derecho del trabajo clásico, por una norma flexible que requiere de la cooperación voluntaria de los destinatarios²⁶, es el denominado *soft law* o derecho blando.

Finalmente, el desarrollo de un Derecho del Trabajo colectivo transnacional tampoco cuenta con uno de los aliados más importantes que tuvieron los Estados nación. Al contrario que en los albores de la revolución industrial, donde las organizaciones sindicales tenían estructuras fuertes y con gran presencia entre los trabajadores, los sindicatos internacionales son organizaciones precarias y débiles²⁷. Además, las estructuras nacionales de los representantes de los trabajadores se debaten entre mantener sus estrategias nacionales o potenciar nuevas alianzas internacionales defendiendo un nuevo catálogo de reivindicaciones ciudadanas²⁸.

Con la carencia de un regulador internacional y con la debilidad de las organizaciones sindicales internacionales como grandes condiciones desfavorables en el mercado

²⁵ El único ejemplo de regulación supranacional de la representación de los trabajadores probablemente sean las Directivas sobre la representación de los trabajadores en empresas de dimensión comunitaria. In embargo, no podemos olvidar que su articulación es excepcional, fruto de relevantes esfuerzos regionales que han institucionalizado la representación transnacional de los trabajadores buscando esquemas novedosos y alternativos a los tradicionales, aunque el resultado presente deficiencias. La presencia de una órgano tan institucionalizado, como lo es el Comité de Empresa Europeo, se debe a las peculiaridades de una organización supranacional, la Unión Europea, que por desgracia no constituye el paradigma habitual de las relaciones laborales transnacionales.

²⁶ LILLO PÉREZ, Enrique, “Globalización y Derecho del Trabajo”, *op. cit.*, p. 76.

²⁷ En este sentido, se ha señalado que la acción de los sindicatos regionales o internacionales no es capaz de lograr la menor paridad de armas con las empresas transnacionales, *vid.* VILLA GIL, Luis Enrique de la, “El concepto de empresario-empleador ...”, *op. cit.*, p. 31 y ss. En este sentido, la presencia del “sector exterior” limita las posibilidades de negociación de los sindicatos, en la medida en que este sector exterior no se sienta en la mesa de negociación, pero termina imponiendo condiciones, ESTEVE MORA, Fernando, “El papel de los sindicatos en la redefinición del Estado de Bienestar” en *Claves de la Razón Práctica*, núm. 77, 1997, pp. 47. Así, también se ha afirmado que “la globalización de las estrategias sindicales, incluida la conclusión de Acuerdos Marco Globales, no es tan sencilla como la globalización del capital”, *cfr.* DROUNI, Renée-Claude, “El papel de la OIT...”, *op. cit.*, p. 282.

²⁸ Las organizaciones sindicales se enfrentan al dilema de mantener sus reivindicaciones nacionales o compartir su protagonismo en la defensa de los derechos con las ONG internacionales y ampliar su defensa de derechos a ámbitos inespecíficos laborales, como derechos medioambientales, JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, Juan Carlos, *La responsabilidad social...*, *op. cit.*, p. 30. Muestra de los recelos que la Responsabilidad Social corporativa despierta entre las organizaciones sindicales es la ausencia de los sindicatos españoles más representativos en el panel de expertos que, bajo los auspicios del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, analizó la responsabilidad social corporativa en nuestro País, *ibidem*, p. 100.

internacional para la articulación de un Derecho del Trabajo transnacional eficiente²⁹, durante cierto tiempo rigió una anarquía en la que las empresas, con un gran margen de influencia y control, hacían y deshacían libremente según sus propios intereses comerciales.

Pero, en la actualidad, esta nueva situación hace que el Derecho del Trabajo deba necesariamente modificar su discurso, adaptar su enfoque de la realidad, para regular adecuadamente las relaciones laborales en este tipo de empresas, tutelando eficientemente los derechos de los trabajadores en las mismas.

El examen de la representación de los trabajadores en las empresas transnacionales debe partir necesariamente del análisis sosegado y minucioso de los instrumentos de representación desarrollados en el seno de la Unión Europea, la organización supranacional con las instituciones más sugerentes sobre la representación de los trabajadores en las empresas transnacionales. En este sentido, tanto el Comité de Empresa Europeo como la Sociedad Anónima Europea parecen situar el nivel de la construcción de la representación de los trabajadores en el contexto adecuado, el supranacional. No obstante, su escasa implantación entre las sociedades de dimensión comunitaria permite cuestionar su suficiencia y adecuación para afrontar el desafío planteado.

Más allá de las instituciones comunitarias, la ausencia de un regulador común se hace aun más notoria. Si bien es cierto que existen prometedoras instituciones de canalización de la representación de los trabajadores –como los Comités de Empresa Mundiales o las redes sindicales– su escaso desarrollo deposita en las propias empresas transnacionales el papel más activo en la regulación de las relaciones laborales transnacionales.

Las direcciones empresariales transnacionales hace tiempo que impulsan procedimientos de responsabilidad social corporativa como mecanismo para mejorar la percepción que los consumidores tienen de su actividad. No obstante, de forma

²⁹ Aunque no haya logrado el éxito deseado, el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo de la OIT, el organismo que está llamado a erigirse como el regulador laboral internacional, ha identificado ocho convenios calificándolos de fundamentales para garantizar los derechos laborales básicos, con independencia del nivel de desarrollo de los Estados Miembros. La Declaración de la OIT de 1998, relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, resalta este conjunto de principios fundamentales en el trabajo y declara que los convenios fundamentales y la propia Declaración se aplican a todos los Estados que pertenecen a la OIT, hayan o no ratificado los convenios fundamentales. En este sentido la propia OIT ha editado el conjunto de los documentos en un único texto (puede consultarse en la siguiente dirección: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_095897.pdf). En lo podría calificarse como un verdadero Código Internacional del Trabajo, así RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel C., “El Derecho del Trabajo...”, *op. cit.*, p. 175. Sobre la eficacia obligatoria de estos convenios a pesar de no haber sido ratificados *vid.* ELKIN, Natan, “Alcance en España de la responsabilidad social de la empresa desde la perspectiva de las normas internacionales del trabajo”, en LÓPEZ CUMBRE, Lourdes (Coord.), *Autonomía y heteronomía en la responsabilidad social de la empresa*, Comares, Granada, 2012, p. 937.

simultánea y, cada vez de forma más notoria, estos instrumentos están cumpliendo el papel de regulador laboral internacional. Sobre todo desde que las federaciones sindicales internacionales han aprovechado que la responsabilidad social corporativa no es vista con recelos por las empresas³⁰ para articular sobre ella una embrionaria negociación transnacional a través de los Acuerdos Marco Globales.

En definitiva, los cambios, retos y oportunidades reseñados justifican un estudio unitario y profundo de la representación de los trabajadores en las empresas transnacionales, que evalúe las debilidades y fortalezas del momento en el que la representación se encuentra y que, de ser posible, aporte propuestas para afrontar los retos que la empresa transnacional plantea.

³⁰ Se ha manifestado que la responsabilidad social corporativa habla el lenguaje de la empresa, usa sus conceptos y su terminología, CALVO GALLEGO, Francisco Javier y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel C., “Responsabilidad Social Corporativa: ¿Un nuevo instrumento para las políticas laborales?” en FERNÁNDEZ LÓPEZ M^a Fernanda (Dir.), *Política social Europea y Comunidades Autónomas*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2007, p. 350.

CAPÍTULO I. EL CONCEPTO DE EMPRESA SOBRE EL QUE CONSTRUIR LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

I. LA GLOBALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL

La organización empresarial no ha dejado de evolucionar a lo largo del tiempo. El último paso, en su búsqueda por maximizar sus beneficios³¹, ha llevado a las compañías a operar en mercados internacionales³², alentadas por la apertura cada vez mayor de los mercados, la interdependencia de las economías y la circulación cada vez más rápida de personas e informaciones³³.

Así, las sociedades han dejado de competir en entornos cerrados, con características y recursos similares, y han deslocalizado su actividad en búsqueda de una reducción de sus costes³⁴. Ello las ha obligado a competir con otros actores en un mercado sumamente diverso y desestructurado³⁵. Esta internacionalización de la empresa en

³¹ Las empresas solo optarán por desarrollar su actividad en nuevos mercados cuando esta opción sea más ventajosa que exportar sus productos desde el Estado de origen, *vid.* DUNNING, John H., “La empresa multinacional...”, *op. cit.*, pp. 59 y ss.

³² Los procesos descentralizadores que tanto éxito han tenido a nivel nacional, también dominan la escena internacional, *vid.* GALLARDO MOYA, Rosario, “La articulación de los derechos colectivos...”, *op. cit.*, p. 225.

³³ BOIRAL, Olivier, “Certificar la buena conducta...”, *op. cit.*, p. 352.

³⁴ La disminución de costes provoca a su vez la deslocalización, *vid.* PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, “La función y la refundación del Derecho del Trabajo” en *Relaciones Laborales*, vol. 2, 2000, p. 165.

³⁵ En este sentido se pronuncia SAIZ ÁLVAREZ, José María, *Outsourcing y creación...*, *op. cit.*, p. 55. No obstante, es posible, como señalan algunos autores, que se haya sobrevalorado la importancia de la globalización en algunas ocasiones, pues muchas industrias siguen siendo nacionales o regionales. Además, la presencia de empresas en Estados distintos de su sede originaria no tiene por qué ser sinónimo de que la empresa disponga de una estrategia global. En función de la estrategia internacional que sigan las firmas es posible diferenciar entre distintos tipos de empresas transnacionales. HAMILL, James, “Influencia en el

entornos desiguales lleva aparejada un aumento del tamaño global de la misma y una mayor complejidad empresarial³⁶. Al respecto podemos avanzar, aunque tendremos ocasión de volver sobre ello más adelante, que los procesos de outsourcing, entendidos en un sentido amplio, se han impuesto como mecanismos típicos en las economías globalizadas contemporáneas³⁷.

No obstante, es cierto que el componente internacional no es un elemento ajeno o completamente novedoso en las empresas. Pueden identificarse experiencias previas en el comercio internacional en Siena en el siglo XIII o en Florencia en el siglo XIV³⁸. Sin embargo, la empresa transnacional contemporánea, con los rasgos característicos que se pondrán de manifiesto en este primer Capítulo, surge a partir del siglo XX, tras la Segunda Guerra Mundial. Es en el contexto actual cuando se produce la intensificación de sus actividades y un aumento espectacular en su número³⁹.

Sucintamente podemos resumir la evolución de las empresas transnacionales en cinco grandes fases⁴⁰. Una primera etapa de introducción durante los últimos años del siglo XIX y las primeras décadas del siglo XX, la primera expansión de los años 50 y 60, el repliegue de la década de los años 70, la fuerte expansión de los años 80 y, en último lugar, la globalización de las estrategias empresariales desde los 90.

empleo...”, *op. cit.*, p. 135. En este sentido, es interesante diferenciar entre industrias multidomésticas e industrias globales. En el primer supuesto, las empresas están presentes en muchos Estados, pero la competición se realiza Estado por Estado, como si fueran industrias nacionales tradicionales; en las industrias globales, por el contrario, la posición competitiva de una empresa en un Estado afecta significativamente a su competitividad en otros. Ejemplo de industria multidoméstica podría ser la banca de consumo, mientras que el transporte aéreo de pasajeros o la industria automovilística serían ejemplos de industrias globales. *Vid.* PORTER, Michael E., “Competition in global industries...”, *op. cit.*, pp. 18 y ss. Algunos autores han llegado a señalar que en lugar de globalización asistimos a un proceso de internacionalización basado en tres grandes regiones: Norteamérica, la Unión Europea y la zona Surasiática, *vid.* NAVARRO LÓPEZ, Vicente, “¿Están los Estados perdiendo...”, *op. cit.*, p. 11.

³⁶ BUENO CAMPOS, Eduardo *et al.*, *Economía de la empresa...*, *op. cit.*, p. 741. La complejidad empresarial se articula a través de fusiones, adquisiciones y alianzas con otras multinacionales. Mientras que las dos primeras fórmulas, las fusiones y adquisiciones, se presentan dentro de una misma empresa transnacional, las alianzas vinculan a empresas que compiten directamente entre sí. *Vid.* HAMILL, James, “Fusiones, adquisiciones y...”, *op. cit.*, p. 169.

³⁷ En este sentido *vid.* ALCALÁ DÍAZ, María Ángeles, “Técnicas jurídico-contractuales...”, *op. cit.* p. 104. En similares términos GALLARDO MOYA, Rosario, “La articulación de los derechos colectivos...”, *op. cit.*, p. 225. Procesos de outsourcing favorecidos por el neoliberalismo imperante en el contexto internacional, SAIZ ÁLVAREZ, José María, *Outsourcing y creación...*, *op. cit.*, p. 185.

³⁸ NADAL VIGNOLO, Stella Maris, *La empresa transnacional en el marco laboral*, Madrid, Ediciones cultura hispánica, 1983, p. 13.

³⁹ MARTÍN-ORTEGA, Olga, *Empresas multinacionales y derechos humanos en derecho internacional*, Barcelona (Bosch editor), 2008, p. 38; BUENO CAMPOS, Eduardo *et al.*, *Economía de la empresa...*, *op. cit.*, p. 722.

⁴⁰ Al respecto *vid.* PORTER, Michael E., “Competition in global industries...”, *op. cit.*, pp. 42-45; BUENO CAMPOS, Eduardo *et al.*, *Economía de la empresa...*, *op. cit.*, p. 725; HAMILL, James, “Influencia en el empleo...”, *op. cit.*, pp. 131 y ss.

Durante la fase introductoria las empresas comienzan a operar más allá de sus mercados locales. Primero nacionalizando su ámbito de actuación y, más tarde, ampliando sus fronteras hasta el ámbito global. Las empresas que globalizan sus servicios durante esta etapa introductoria son básicamente norteamericanas y europeas. Dos son las motivaciones principales que guían a estas corporaciones. Por una parte, las empresas comienzan a realizar importantes inversiones en otros Estados para garantizarse el uso de materias primas. Por otra, se detecta un incipiente emprendimiento empresarial para tratar de evitar los aranceles aduaneros. Esta corriente finaliza con dos acontecimientos que marcaron el comercio internacional: la Gran Depresión de 1929 y el inicio de la Segunda Guerra Mundial en 1939.

Desde la década de los años veinte, pero con mayor vigor durante las décadas de los cincuenta y sesenta, grandes empresas nacionales de países desarrollados optaron por abrir filiales en otros Estados. Estas primeras filiales eran réplicas de la empresa matriz con una gran autonomía en su actuación para operar en los mercados locales. En la práctica se organizaban como una federación de filiales autónomas⁴¹. Característico de este periodo es también la formación de cárteles y de otro tipo de acuerdos de relación entre las empresas, que permitían la internacionalización país a país.

La fórmula de internacionalizar sus servicios durante esta época es consecuencia de los altos aranceles aduaneros y del nacionalismo y proteccionismo impuesto por los gobernantes. La mayor expansión se vivió tras las guerras mundiales, pues tras ellas se redujeron notablemente los costes de transporte y de coordinación de la producción

Además, también en este periodo comienza la expansión de empresas con sede en Estados en vías de desarrollo, fundamentalmente Japón y otros Estados asiáticos. Estas compañías no estaban condicionadas por su pasado en la internacionalización de su actividad –pues expandían su actividad por primera vez fuera de sus fronteras, al contrario que las empresas norteamericanas y europeas–. Por ello no optaron por replicar la organización de la empresa matriz en empresas filiales en cada Estado, como hasta ese momento habían venido realizando las empresas norteamericanas y europeas, sino por usar los avances en comunicación –de medios, personas e información– para poder coordinar internacionalmente su actividad. Un menor proteccionismo por parte de los Estados facilitó una mayor inversión directa por parte de las empresas⁴².

La crisis de la década de los setenta trajo un repliegue de las corporaciones transnacionales que, ante la inestabilidad e incertidumbre global, buscaban mercados más seguros en los que desarrollar sus actividades. La exploración de sectores y

⁴¹ La analogía descrita pertenece a PORTER, Michael E., “Competition in global industries...”, *op. cit.*, p. 43.

⁴² PORTER, Michael E., “Competition in global industries...”, *op. cit.*, p. 55.

territorios con menores riesgos generó una fuerte competencia entre las empresas transnacionales y una desinversión en aquellos Estados con menores oportunidades de negocio, lo que a su vez provocó la destrucción de un gran número de puestos de trabajo.

La recuperación económica de los años ochenta propició una nueva etapa expansiva de la internacionalización de las empresas caracterizada por una nueva estrategia. En esta ocasión las empresas pugnaban por lograr una ventaja competitiva en los mercados globales duradera a largo plazo. Para lograr dicho fin, las direcciones empresariales fomentaron la coordinación entre las distintas filiales. La segunda mitad de la década vino marcada por un fuerte auge de las multinacionales de los países más desarrollados, sobre todo de los europeos, a consecuencia de la esperada llegada del mercado único europeo⁴³.

Finalmente, desde 1990 las empresas transnacionales han desarrollado una estrategia global a través de la constitución de redes empresariales. Es decir, las compañías aprovechan su presencia en mercados extranjeros para recalibrar sus estrategias globales⁴⁴. De tal suerte que, en caso de detectar signos de agotamiento en sus mercados de origen, las empresas pueden reorientar de forma más sencilla y rápida su actividad y exportar sus servicios o productos a mejores destinos en los que operar⁴⁵.

Las empresas transnacionales, en esta época, poseen grandes fortalezas tecnológicas, de marketing y directivas. Esas características junto con el contexto internacional les permite expandirse de forma generalizada a otros Estados, normalmente a través de empresas filiales de su completa propiedad o de propiedad mayoritaria, a las que

⁴³ Al respecto *vid.* análisis de la evolución de la inversión directa llevada a cabo por JUNGnickel, Rolf, “Tendencias recientes de la inversión...”, *op. cit.*, pp. 31 y ss. También, sobre la importancia de la entrada en vigor del Acta única, *vid.* GUILLÉN, Mauro F. Y GARCÍA-CANAL, Esteban, *Las nuevas multinacionales...*, *op. cit.*, p. 27.

⁴⁴ Por ejemplo, adaptan sus relaciones con los gobiernos. Pasan de ver las negociaciones con los Estados como negociaciones independientes y atomizadas a darse cuenta que las negociaciones en un Estado pueden modificar e influir sobre el desarrollo de sus actividades en otro estado. Este efecto en concreto puede verse en PORTER, Michael E., “Competition in global industries...”, *op. cit.*, p. 45.

⁴⁵ Las empresas transnacionales buscan controlar la actividad de sus sociedades filiales en otros Estados para apropiarse de la totalidad de sus rendimientos, de sus habilidades y capacidades, HYMER, Stephen H., *The international operations...*, *op. cit.*, p. 25.

El aseguramiento del suministro de materias primas y sortear las barreras aduaneras siguen impulsando la internacionalización de las empresas, NADAL VIGNOLO, Stella Maris, *La empresa transnacional en el marco laboral*, *op. cit.*, p. 14. No obstante, existen numerosas teorías que pretenden explicar la internacionalización de diversas formas. La teoría de Aharoni, la del ciclo de vida del producto en el comercio internacional, la de la ventaja monopolística o la de la internacionalización son algunas de ellas. Todas estas teorías son explicaciones parciales del mismo fenómeno: la internacionalización de la empresa, que en última instancia tiene una única explicación: la maximización de beneficios, *vid.* BUENO CAMPOS, Eduardo *et al.*, *Economía de la empresa...*, *op. cit.*, p. 728.

transfieren, desde su sede central, conocimientos, tecnología, productos y experiencia⁴⁶.

En esta etapa, la expansión internacional de las empresas viene propiciada, en primer lugar, por las facilidades en el acceso a financiación en mercados bancarios internacionales, que permite que las empresas transnacionales realicen transacciones económicas en cuestión de segundos⁴⁷. Además, en segundo lugar, la expansión de la globalización empresarial viene también en parte motivada por el éxito y las facilidades que genera para las empresas el poder constituir sociedades en diferentes Estados, manteniendo el control sobre las mismas. Esta estrategia, por ejemplo, les permite no aplicar la misma legislación a todos sus trabajadores sin perder el control del proceso productivo, contribuyendo a acercar los costes de producción al país en el que se produce el bien. Sin embargo, la estrategia no está exenta de riesgos, pues lo cierto es que la huida de las sociedades de la estacionalidad de un único mercado las expone en mayor medida a los riesgos derivados de crisis internacionales⁴⁸.

Los efectos de la internacionalización de las empresas descrita varían en función de si el Estado es desarrollado o está en vías de desarrollo⁴⁹. No obstante, en realidad sería más correcto hablar de países fuente o receptores de empresas o servicios deslocalizados.

Los países desde los que se produce la externalización ven como aumentan sus tasas de desempleo y como se incrementan las tensiones sociales⁵⁰. Además, la globalización de las empresas puede suponer la desaparición de productores nacionales de bienes estratégicos⁵¹. No obstante, puede que su actitud frente a la deslocalización no sea frontalmente negativa en la medida en la que permite a sus empresas ser más flexibles y competitivas⁵². Los países receptores, por su parte,

⁴⁶ GUILLÉN, Mauro F. Y GARCÍA-CANAL, Esteban, *Las nuevas multinacionales...*, op. cit., p. 36.

⁴⁷ O'KEAN ALONSO, José María, "El nuevo entorno...", op. cit., p. 19. Destacando la importancia del acceso a los mercados financieros internacionales en el triunfo de la globalización vid. PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, "La responsabilidad del...", op. cit., p. 221.

⁴⁸ En este sentido, SAIZ ÁLVAREZ, José María, *Outsourcing y creación...*, op. cit., p. 193.

⁴⁹ Así, al menos, ha sido puesto de manifiesto por NADAL VIGNOLO, Stella Maris, *La empresa transnacional en el marco laboral*, op. cit., p. 21.

⁵⁰ El aumento del desempleo derivado de los procesos de deslocalización es defendido por SAIZ ÁLVAREZ, José María, *Outsourcing y creación...*, op. cit., p. 119.

⁵¹ Productores de bienes como energía, metales o la industria armamentística. Al respecto vid. DOZ, Yves L., "Government policies and global industries" en PORTER, Michael E. (ed.), *Competition in global industries*, Harvard Business School, Boston, 1986, p. 227.

⁵² De hecho, se llega a producir una competición entre Estados Soberanos por recabar la inversión directa de empresas transnacionales. Los Estados suelen ofrecer rebajas en los tipos impositivos, tarifas de protección o, incluso, sumas de dinero para asegurarse que una empresa transnacional selecciona su territorio como nueva base de operaciones internacional. Por ejemplo, es notorio que durante el verano de 1978 varios representantes de Irlanda y Singapur visitaron la sede de Apple Inc., en aquel momento Apple no tenía intención de expandir su actividad a otros Estados. Tres años más tarde, Apple tenía dos nuevas plantas, una en Irlanda y otra en

sufren un déficit de control sobre las multinacionales, pues es sumamente difícil articular mecanismos para controlar sus actividades. Tanto que se ha llegado a hablar de una pérdida de su soberanía que será más o menos acusada en función de los controles que se establezcan a las operaciones de las multinacionales⁵³. En la práctica, se corre el riesgo de que los Estados compitan por ofrecer el régimen laboral más devaluado para luchar por atraer a su territorio las fábricas y empresas de las grandes corporaciones transnacionales⁵⁴.

En cualquier caso, con independencia de la mayor o menor conveniencia para las empresas de deslocalizar sus servicios –debate que desborda los límites del presente estudio– y de los efectos, positivos o negativos, que puedan derivarse para los Estados o para los trabajadores de las sociedades por dicha acción, lo cierto es que la apuesta decidida de las empresas por la internacionalización provoca que la legislación laboral, pensada y articulada para una realidad puramente nacional, tenga que aplicarse en un contexto internacional⁵⁵. En este sentido, la globalización ha generado un efecto asimétrico⁵⁶. Las instituciones políticas limitan su actuación a ámbitos nacionales o regionales, en el mejor de los casos, mientras que las empresas lo hacen

Singapur. Este y otros ejemplos así como los vías a través de las que compiten los Estados pueden consultarse en: ENCARNATION, Dennis J. y WELL, Louis T. Jr., “Competitive strategies in global industries: a view from host governments” en PORTER, Michael E. (ed.), *Competition in global industries*, Harvard Business School, Boston, 1986, pp. 267-290. Más actual y cercano es el notorio interés de la Comunidad de Madrid y de la Generalitat de Cataluña, así como de otras regiones europeas, por contar con una sede de la empresa Vegas Sands. Se llegaron a ofrecer tarifas impositivas especiales, exenciones temporales e incluso modificaciones legislativas para poder contar con la inversión directa de esta compañía. SOLER ARREBOLA, José A., coincide en señalar que muchos Estados potencian la desregularización para atraer el asentamiento de empresas transnacionales a su territorio, “Los acuerdos marco internacionales...”, *op. cit.*, p. 158.

⁵³ BUENO CAMPOS, Eduardo *et al.*, *Economía de la empresa...*, *op. cit.*, p. 748. No obstante, también es cierto que se ha señalado que esta pérdida de poder de los Estados en detrimento de las multinacionales es solamente fruto de la posición ideológica imperante en el contexto internacional en este momento. Frente a la resignación en la posición de debilidad del Estado cabe reivindicar, para esta posición, que los Estados pueden y deben reclamar su papel como configuradores dentro del proceso de globalización. La política debe regularlos procesos económicos y no al revés, *vid.* NAVARRO LÓPEZ, Vicente, “¿Están los Estados perdiendo...”, *op. cit.*, pp.13-14

⁵⁴ Esta competición por la devaluación salarial ha sido descrito como “*race to the bottom*”, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel C., “El Derecho del Trabajo...”, *op. cit.*, p. 164.

⁵⁵ De hecho, aplicar el derecho del trabajo tradicional a la realidad económica contemporánea también genera problemas, pues el Derecho del Trabajo está pensando para una realidad muy distinta a la dominada por las redes empresariales contemporáneas *vid.* CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Los cambios en la organización de la empresa...”, *op. cit.*, p. 37; BAYLOS, GRAU, Antonio, “Globalización y Derecho...”, *op. cit.*, p. 20. En similares términos: MOLERO MARAÑÓN, M^a Luisa, “Sobre la inminente necesidad de revisar el concepto de empresario en su dimensión jurídico-laboral”, en Relaciones Laborales, 2001, núm. 7, p. 2; LILLO PÉREZ, Enrique, “Globalización y Derecho del Trabajo”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 9, 2005, p. 72.

⁵⁶ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, “La responsabilidad del...”, *op. cit.*, p. 221; En la asimetría evidente entre la globalización económica y la globalización jurídica, se produce un predominio de la primera sobre la segunda, conforme apunta BAYLOS, GRAU, Antonio, “Un instrumento de regulación...”, *op. cit.*, p. 108; “El Derecho del Trabajo estatal es insuficiente [...] ante la asimetría entre la economía global e interdependiente y la actuación política a nivel nacional”, *vid.* BAZ TEJEDOR, José Antonio, “Responsabilidad social empresarial...”, *op. cit.*, p. 88.

a escala mundial⁵⁷. Los modelos imperantes se construyen sobre las legislaciones nacionales lo que acarrea que en muchas ocasiones sean ineficientes. Las excepciones, u optan por una regulación de mínimos que en última instancia resulta decepcionante, los comités de empresa europeos, o confían en la buena disposición de las partes prescindiendo de la obligatoriedad e irrenunciabilidad de derechos típica del Derecho del Trabajo, por ejemplo a través de la responsabilidad social corporativa.

Los problemas de esta actividad transnacional son particularmente relevantes en la articulación de la representación de los trabajadores. Como señalaremos más adelante, recobra actualidad la pretérita discusión doctrinal sobre la unidad sobre la que debe articularse la representación de los trabajadores⁵⁸. Se replantean, por tanto, antiguos problemas laborales que requieren explorar nuevas respuestas.

Ello hace que en este momento debamos enfrentarnos a la reconstrucción del concepto de empresa transnacional para, una vez hecho, poder erigir sobre él un modelo de representación de los trabajadores a nivel internacional que aporte las respuestas a los nuevos interrogantes planteados.

II. LA EMPRESA: UN CONCEPTO CON MÚLTIPLES ARISTAS

La búsqueda de un concepto de empresa transnacional sobre el que construir la representación de los trabajadores debe partir necesariamente del sólido conocimiento del concepto de empresa en nuestro ordenamiento, así como de los problemas que la evolución de la organización empresarial ha generado en la propia articulación de la representación de los trabajadores.

El término empresa es un concepto complejo que puede ser abordado desde diversas perspectivas. La economía, la sociología y, por supuesto, el derecho se han ocupado de intentar determinar, con mayor o menor intensidad, qué debemos entender por empresa.

⁵⁷ En este sentido, se ha puesto de manifiesto que “la globalización ha generado una dinamización de la economía mundial sin precedentes, pero lo hace a costa de restar gran parte de su efectividad a los diversos instrumentos trabajosamente contruidos por los Estados con el fin de hacer posible el funcionamiento equilibrado de las sociedades”, SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “La transnacionalización...”, *op. cit.*, p. 86.

⁵⁸ Los cambios en la organización empresarial, tanto a nivel nacional como internacional, han llevado a la doctrina a poner de manifiesto que las estructuras tradicionales de representación de los trabajadores resultan insuficientes para encauzar la tutela y defensa de las nuevas formas de prestación de servicios. Por tanto, es necesario adaptar las formas de representación de los trabajadores a las nuevas realidades imperantes. En este sentido, *vid.* QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz, “La necesaria adaptación de las estructuras...”, *op. cit.*, p. 96; ÁLVAREZ CUESTA, Henar, “El Comité de empresa europeo como instrumento de participación de los trabajadores a nivel supranacional”, en *Pecunia: Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de León*, núm. 7, 2008, p. 26.

La noción de empresa está en constante cambio y evolución. A pesar de que en la esfera económica el concepto de empresa es más o menos unitario⁵⁹, el derecho no ha sido capaz de encontrar una definición conjunta de empresa, que contenga todos los elementos esenciales para las diferentes áreas que estudian el concepto⁶⁰. Cada rama del derecho tiene una perspectiva propia a la hora de realizar el estudio del concepto empresa. El derecho mercantil, por ejemplo, es más formalista, mientras que el derecho del trabajo atribuye mayor relevancia a la sustancia⁶¹.

Las diferencias entre las distintas disciplinas jurídicas no implican una menor importancia del concepto de empresa. Ni siquiera el derecho del trabajo, que gravita fundamentalmente sobre el concepto trabajador, puede ignorar la necesidad e importancia que el término empresa tiene en toda su regulación⁶².

No obstante, a pesar de su carácter esencial, históricamente el derecho del trabajo no se ha preocupado de enriquecer el debate sobre la noción de empresa⁶³. La omisión ha sido tanto desde una perspectiva doctrinal como legal⁶⁴. De hecho, las leyes laborales en nuestro país no ofrecen ninguna definición de empresa⁶⁵. La justificación de esa notable ausencia probablemente sea que el Derecho del Trabajo no se interesa por el concepto de sociedad mercantil que suele evocar el término empresa. En consecuencia, el concepto de empresa mercantil, que acentúa la ganancia u obtención de lucro⁶⁶, no es necesariamente coincidente con el concepto de empresa laboral,

⁵⁹ Los economistas diferencian entre explotación, sociedad y empresa. La explotación es una parte de la empresa, la sociedad es la forma jurídica a través de la cual se articula la empresa y, finalmente, la empresa es la unidad compuesta por una o varias explotaciones y por una o varias sociedades, sometidas todas ellas a un mismo sistema de dirección común. Este criterio de unidad de decisión es el que permite diferenciar entre la dimensión jurídica y la dimensión económica. BUENO CAMPOS, Eduardo *et al.*, *Economía de la empresa...*, *op. cit.*, p. 49.

⁶⁰ PUEBLA PINILLA, Ana de la, *La empresa como objeto...*, *op. cit.*, p. 57.

⁶¹ LOFFREDO, Antonio, “Sobre las transformaciones de la figura del empresario...”, *op. cit.*, p. 29.

⁶² El término empresa es esencial en el derecho del trabajo. Sin él no serían comprensibles áreas tan importantes como la representación de los trabajadores, la negociación colectiva, la subcontratación, entre otras. Así ha sido puesto de manifiesto entre otros por SUPLOT, Alain, *Crítica del Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 204; PUEBLA PINILLA, Ana de la, *La empresa como objeto...*, *op. cit.*, p. 59.

⁶³ LOFFREDO, Antonio, “Sobre las transformaciones de la figura del empresario...”, *op. cit.*, p. 23.

⁶⁴ CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Los cambios en la organización de la empresa...”, *op. cit.*, p. 29.

⁶⁵ En este sentido, una lectura a sensu contrario con estricta formalidad del artículo 1.1 ET nos lleva a interpretar que el único protagonista de la disciplina laboral es el trabajador, destinatario único de los derechos y deberes del Estatuto de los Trabajadores, con un absoluto desprecio a la posición de la contraparte del trabajador, el empleador, *vid.* CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Los cambios en la organización de la empresa...”, *op. cit.*, p. 30.

⁶⁶ Téngase en cuenta que la obtención de un lucro por parte de la empresa constituye un elemento definitorio para buena parte de la doctrina mercantilista, pero también es posible encontrar relevantes autores partidarios de no tener en cuenta la obtención de un beneficio patrimonial. En esta segunda visión, bastaría con que los ingresos satisficieran los costes generados por la actividad productiva. Entre los primeros podemos destacar a: VICENT CHULIÁ, F, Introducción al derecho mercantil. Entre los segundos: ROJO, A, “El empresario I. Concepto, clases y responsabilidad”, en URÍA R MENENDEZ *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, Madrid, 2001, p. 61;

centrado en la condición de empleadora de la empresa⁶⁷. Además, la omisión cumple un fin: convertir en empleador a cualquiera que actúe de contraparte del trabajador⁶⁸.

Cuando el legislador laboral se ha interesado por el concepto de empresa, se ha limitado a observar a ésta como sujeto de la relación laboral, es decir, como una de las dos partes de una relación laboral. Que además sea titular o no de una empresa en su sentido civil o mercantil no es determinante para el derecho del trabajo⁶⁹. En ese sentido y al contrario de lo que sucede en el derecho mercantil donde la separación empresa y empresario es impensable, en el derecho laboral se admite sin dificultad la existencia de empleadores sin empresa y de empresas no empleadoras. Por ello, la doctrina laboral hace tiempo que se decantó en la eterna disyuntiva entre los conceptos empleador y empresario por el primero.

El artículo 1.2 del ET define al empleador o empresario como “todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas”.

La versión de empleador acogida en nuestro Estatuto de los Trabajadores es una muestra del carácter expansivo del ordenamiento laboral⁷⁰, cuyo origen lo podemos encontrar en la Ley Articulada de las Bases Ley 193/63 –Decreto 907/66– e incluso esbozado antes en algunas sentencias del Tribunal Supremo⁷¹.

En síntesis, puede decirse que el ordenamiento laboral utiliza un concepto de empleador inspirado en construcciones dogmáticas alemanas⁷², reflejo del concepto de trabajador⁷³. Por tanto, será empleador aquel por cuya cuenta preste sus servicios al menos un trabajador⁷⁴.

⁶⁷ AA.VV., *Estatuto de los Trabajadores. Comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, (Dir. Gullón Rodríguez, Jesús), El Derecho, Madrid, 2014, 5ªed., p. 31.

⁶⁸ Independientemente de que el sujeto que actúe como empleador tenga la consideración de empresa según los cánones mercantiles o económicos. Al respecto, CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Los cambios en la organización de la empresa...”, *op. cit.*, p. 32.

⁶⁹ PUEBLA PINILLA, Ana de la, *La empresa como objeto ...*, *op. cit.*, p. 62.

⁷⁰ VILLA GIL, Luis Enrique de la, “El concepto de empresario-empleador en Derecho del Trabajo”, en AA.VV. (Coord. Blasco Pellicer, Ángel), *El empresario laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 14

⁷¹ En este sentido *vid.* VILLA GIL, Luis Enrique de la, “El concepto de empresario-empleador ...”, *op. cit.*, pp. 13 y 14.

⁷² VILLA GIL, Luis Enrique de la, “El concepto de empresario-empleador ...”, *op. cit.*, p. 15.

⁷³ También descrita como definición traslativa *vid.* CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Los cambios en la organización de la empresa...”, *op. cit.*, p. 31.

⁷⁴ En este sentido *vid.* VILLA GIL, Luis Enrique de la, “El concepto de empresario-empleador ...”, *op. cit.*, pp. 20 y ss.

La principal ventaja de esta definición es que elimina las referencias al objeto empresarial, al tamaño y a la estructura empresarial. De esta forma, al frente de la empresa laboral se situará un empleador, que lo será independientemente de que su actividad tenga o no ánimo de lucro, del número de trabajadores a los que ocupe o del tipo de persona jurídica, en caso de que tenga personalidad jurídica, por el que haya optado⁷⁵, y, por supuesto, del posible componente internacional de su actividad.

De igual forma, debemos recordar que la condición de empleador no nace, únicamente, del vínculo contractual que vincula a empleador y a trabajador, sino que es la realidad de los hechos la que permite inferir la existencia de una relación laboral. Por tanto, empleador es el que efectivamente incorpora los frutos del trabajo del trabajador independientemente del vínculo jurídico que las partes hayan pactado entre sí⁷⁶.

No obstante, acostumbrados a un uso coloquial, sigue siendo habitual seguir encontrando referencias a la empresa como la contraparte del trabajador en un contrato laboral. De hecho el propio Estatuto de los Trabajadores solo se refiere al empleador en su artículo 1.1, en el resto de las ocasiones adopta una terminología confusa.

En este sentido, el Estatuto de los Trabajadores emplea en algunas ocasiones el término empresa para referirse al sujeto sobre el que recae una determinada obligación o se le reconoce un derecho en lugar de recurrir al más adecuado de empresario o empleador⁷⁷. En otros momentos, utiliza también el término empresa

⁷⁵ PUEBLA PINILLA, Ana de la, *La empresa como objeto ...*, op. cit., p. 63; CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Los cambios en la organización de la empresa...”, op. cit., p. 33. No obstante, es notorio que nuestro derecho del trabajo está influenciado por el modelo de gran empresa integral, vid. QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz, “La necesaria adaptación de las estructuras...”, op. cit., p. 99.

⁷⁶ Para un análisis en mayor profundidad sobre la dependencia y ajenidad, entre otros, vid. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina, “El concepto de Trabajador por cuenta ajena en el Derecho Español y comunitario” en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 37, 2002, pp. 39-43.

⁷⁷ Ejemplo de dicha utilización son los artículos 22.1 ET (sobre el acuerdo entre *empresa* y los representantes de los trabajadores para determinar el sistema de clasificación profesional), art. 24.1 ET (los ascensos se producirán conforme a lo previsto en el convenio o, en su defecto, en acuerdo colectivo entre la *empresa* y los representantes de los trabajadores), art. 34.2 ET (en defecto de convenio colectivo, por acuerdo entre la *empresa* y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año), art. 34.6 ET (anualmente se elaborará por la *empresa* el calendario laboral), art. 51.7 ET (el procedimiento de despido colectivo se iniciará mediante solicitud de la *empresa*), art. 60.2 ET (respecto de los trabajadores, las faltas leves prescribirán a los diez días; las graves, a los veinte días, y las muy graves, a los sesenta días a partir de la fecha en que la *empresa* tuvo conocimiento de su comisión y, en todo caso, a los seis meses de haberse cometido), art. 65.4 ET (la *empresa* no estará obligada a comunicar aquellas informaciones específicas relacionadas con secretos industriales), art. 82.3 ET (por acuerdo entre la *empresa* y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el artículo 87.1, se podrá proceder a inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable).

para denominar al lugar en el que se prestan los servicios cuando en realidad debería usar el de centro de trabajo⁷⁸.

Finalmente, también se maneja el concepto más impreciso de empresario como sinónimo del concepto más técnico de empleador⁷⁹.

No obstante, es notorio que el concepto tradicional de empleador previsto por nuestra legislación es insuficiente para disciplinar las relaciones empresariales modernas. Doctrina, jurisprudencia y eventualmente el legislador se han visto obligados a buscar la forma de dar respuesta a los enigmas planteados por las nuevas fórmulas de organización empresarial, especialmente en lo referente a la representación de los trabajadores en las empresas.

1. Consecuencias de los cambios organizativos sobre la articulación de la representación de los trabajadores

Las relaciones laborales clásicas, caracterizadas por un rasgo de dependencia muy fuerte y fácilmente identificable, por la estabilidad en el empleo y por un fuerte sistema sindical que encuentra en la negociación colectiva el principal instrumento para su defensa⁸⁰, ya no son el modelo predominante. Así, es notorio que la mejora de los medios tecnológicos, el desarrollo de los medios de comunicación, junto con la ausencia cómplice de normativas estatales que regularan la descentralización han propiciado que las empresas terminen externalizando incluso los departamentos estrictamente productivos y los procesos esenciales de la empresa⁸¹. No obstante, pese al cambio operado en la forma en la que las empresas organizan su actividad

⁷⁸ Entre otros, cabe citar: art. 54.2.c) (Las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la *empresa* o a los familiares que convivan con ellos), art. 54.2.g) (El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la *empresa*), art. 62.1 (La representación de los trabajadores en la *empresa* o centro de trabajo que tenga menos de cincuenta y más de diez trabajadores corresponde a los delegados de personal), art. 69.2 ET (Serán electores todos los trabajadores de la *empresa*), art. 71.1 ET (En las *empresas* de más de cincuenta trabajadores, el censo de electores y elegibles se distribuirá en dos colegios), art. 77.1 ET (los trabajadores de una misma *empresa* o centro de trabajo tienen derecho a reunirse en asamblea).

⁷⁹ En realidad el ET los usa sistemáticamente casi como sinónimos. *Vid.* art. 1.2, 12.5.a) (horas complementarias en el contrato a tiempo parcial), art. 15.7 (deber del empresario de informar a los trabajadores temporales de las vacantes que pueda haber en la empresa), art. 17.1 (serán nulas las órdenes discriminatorias del empresario), 19.4 (el empresario es el sujeto responsable obligado a facilitar una formación práctica y adecuada en materia de seguridad e higiene a los trabajadores que contrata), art. 33.5 ET (El Fondo de Garantía Salarial se financiará con las aportaciones efectuadas por todos los *empresarios* a que se refiere el apartado 2 del artículo 1 de esta Ley, tanto si son públicos como privados), art. 36.1 ET (El *empresario* que recurra regularmente a la realización de trabajo nocturno deberá informar de ello a la autoridad laboral), art.38.2 (El período o períodos de su disfrute de las vacaciones anuales se fijará de común acuerdo entre el *empresario* y el trabajador), art. 56.3 ET (en el supuesto de no optar el *empresario* por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera), art. 82.2 ET (Mediante los convenios colectivos, y en su ámbito correspondiente, los trabajadores y *empresarios* regulan las condiciones de trabajo y de productividad).

⁸⁰ PÉREZ REY, Joaquín, “El empresario complejo..., *op. cit.* , p. 50.

⁸¹ LOFFREDO, Antonio, “Sobre las transformaciones de la figura del empresario..., *op. cit.* , p. 26.

productiva, el núcleo esencial del derecho del trabajo, encargado de identificar los sujetos que intervienen en la relación laboral, permanece invariable⁸².

Para los ordenamientos eurocontinentales la condición de empresario descrita es indivisible, no cabe compartirla jurídicamente entre varios sujetos⁸³. La regla de la unidad ni siquiera se altera en los casos de cesión de trabajadores, legal o ilegal, empresas de trabajo temporal, subcontratación, agrupaciones temporales de empresas o sucesión de empresas⁸⁴.

En este sentido, la bilateralidad de la relación laboral sigue siendo un requisito de obligado cumplimiento, no aceptándose que en la posición del empleador se sitúen dos sujetos de forma simultánea. Las situaciones en las que se produce una confusión en la figura del empleador han quedado históricamente proscritas⁸⁵.

A pesar de la esencialidad de la bilateralidad⁸⁶, en la práctica, desde la década de los cincuenta se ha venido facilitando la imputación de responsabilidades a terceros, aunque en realidad no sean el empleador⁸⁷, como respuesta a la creciente descentralización productiva en las economías modernas.

Un buen ejemplo del fenómeno anterior puede verse en nuestro país en las normas de imputación de responsabilidades en el caso de subcontratación, contenidas en el artículo 42 ET. Debe diferenciarse entre quién es el responsable de una determinada conducta y quién es el empleador. En ese sentido parece apuntar la regla de la responsabilidad solidaria del sujeto que sin ser empleador de un trabajador deberá, bajo determinados requisitos, hacerse responsable de los incumplimientos laborales

⁸² En este sentido, se ha descrito que la noción de empresario-empleador que fue recibida en los códigos laborales y que se mantiene formalmente inmutable hasta nuestros días es técnicamente insuficiente para explicar el fenómeno del empresario complejo. *Vid.* PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, “La responsabilidad del...”, *op. cit.*, p. 225.

⁸³ VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “Nuevas formas de organización de la empresa, globalización y relaciones laborales”, *op. cit.*, p. 28.

⁸⁴ En este sentido *vid.* VILLA GIL, Luis Enrique de la, “El concepto de empresario-empleador ...”, *op. cit.*, p. 18. Solo en el caso de las empresas de trabajo temporal el ordenamiento jurídico asume de manera explícita la coexistencia entre el empresario real y el secundario y procede a regular y repartir las competencias que cada uno podrán desarrollar respecto del trabajador, *vid.* SANTOS FERNÁNDEZ, María Dolores, “Virtualidad identificadora...”, *op. cit.*, p. 169.

⁸⁵ VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “Nuevas formas de organización de la empresa, globalización y relaciones laborales”, en AA.VV. (Dir. LAHERA FORTEZA, Jesús y VALDÉS DAL-RÉ, Fernando), *Relaciones laborales, organización de la empresa y globalización*, Madrid (Cinca), 2010, p. 25.

⁸⁶ La dificultad en diferenciar entre empresario real y aparente no debe conducirnos a equiparar a ambos sujetos y determinar que ambos son empleadores. No obstante, se han identificado casos de difícil respuesta en nuestro ordenamiento, por ejemplo: notarios que ocupan a varios trabajadores en distintas notarias, profesores de religión católica, las franquicias, etc. *Vid.* VILLA GIL, Luis Enrique de la, “El concepto de empresario-empleador ...”, *op. cit.*, pp. 18-19.

⁸⁷ VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “Nuevas formas de organización de la empresa...”, *op. cit.*, p. 28

y de seguridad social respecto de ese trabajador como consecuencia de su posición en el mercado.

En contraste con este rígido esquema bilateral, las prácticas empresariales han evolucionado y dejado atrás ese modelo de relaciones laborales sobre el que se construye en nuestro país el concepto de empleador. Los supuestos de descentralización productiva permiten disociar la figura del empresario que asume directamente tal posición, contratando con el trabajador la prestación de sus servicios, y el que efectivamente recibe esos servicios, de una manera mediata y a través de un contrato mercantil. Así ha sido advertido por el Tribunal Constitucional en un litigio que debía juzgar si la extinción de los contratos de diversos trabajadores vulneraba su derecho a la huelga y a la tutela judicial efectiva⁸⁸. La extinción de contratos decidida por el empleador principal traía causa de una previa resolución del contrato mercantil que vinculaba a la empresa principal con la subcontrata. El Tribunal Constitucional estimó que la resolución del contrato mercantil, justificada por una subida de tarifa de la subcontrata y ante la huelga declarada por los trabajadores de la misma, vulneraba el derecho a la huelga y a la tutela judicial efectiva de los trabajadores de la subcontrata. Por el contrario, los tribunales ordinarios habían entendido que la relación mercantil que mediaba entre las compañías impedía derivar consecuencias para la empresa subcontratada por una decisión tomada por la empresa principal. Es decir, no habían amparado a los trabajadores únicamente a consecuencia de la relación triangular que vinculaba a las partes⁸⁹. Al respecto, el Tribunal Constitucional subrayó que la lesión de derechos fundamentales en el ámbito laboral puede provenir de sujeto distinto del empleador⁹⁰.

El fallo del Tribunal Constitucional, extendiendo la responsabilidad entre la empresa principal y la subcontratista, no es más que una muestra de que la desconexión existente entre la realidad y la norma jurídica que debe disciplinarla provoca una regulación ineficiente y, en muchos casos, la desprotección del sujeto más débil de la relación laboral. Cada vez son más habituales situaciones en las que la decisión del

⁸⁸ *Vid.* STC 75/2010, de 19 de octubre, FJ 7.

⁸⁹ Los votos particulares de los Magistrados Javier Delgado, Vicente Conde y Guillermo Jiménez Sánchez, al que se adhieren Jorge Rodríguez-Zapata y Ramón Rodríguez, muestran su discrepancia de la postura mayoritaria de la sala y vienen a defender una interpretación claramente menos tuitiva de los derechos de los trabajadores, ya avanzada por los tribunales ordinarios. Los magistrados discrepantes cuestionan la posibilidad de poder atribuir una conducta lesiva de los derechos fundamentales de los trabajadores al empresario principal por su decisión de resolver la subcontrata, decisión amparada en el marco legal.

⁹⁰ El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre vulneraciones de derechos fundamentales producidas por sujeto distinto del empleador, pero con consecuencias en la relación laboral, *vid.*: STC 250/2007, de 17 de diciembre, sobre acoso sexual producido por superior jerárquico; STC 126/1990, de 5 de julio, sobre libertad de expresión vulnerada por compañero; o la STC 74/2007, de 16 de abril, sobre acoso laboral producido por superior jerárquico.

empleador directo viene motivada en realidad por una previa decisión de un empleador indirecto, poniendo en duda quién es el verdadero empleador⁹¹.

La incertidumbre también se extiende hacia el ámbito en el que debe constituirse la representación de los trabajadores y sobre cómo y qué sujetos deben representar los intereses de los trabajadores. Así, por ejemplo, la descentralización que domina la actividad empresarial reduce sensiblemente el tamaño de las sociedades y ello, a su vez, dificulta la constitución de la representación unitaria de los trabajadores⁹².

Aunque la definición aportada por el artículo 1.2 ET, tal y como se ha indicado, es clara y solo exige para poder identificar a un empleador que este dé servicio a uno o varios trabajadores, el legislador, la jurisprudencia y la doctrina han tratado de aportar certidumbres para clarificar el concepto de empleador y el ámbito en el que los representantes de los trabajadores deben cumplir con sus funciones. En este sentido, han abierto la puerta en algunos casos a valorar requisitos adicionales no contemplados en la definición del Estatuto de los Trabajadores. La articulación de un concepto de empresa paralelo a la definición general prevista en el Estatuto pretende garantizar que el empleador aparente es el empleador real.

Con el objetivo de alcanzar una definición de empresa transnacional y de articular adecuadamente en ésta la representación de sus trabajadores conviene que nos refiramos a continuación a cómo han evolucionado cuatro de esos supuestos especiales. A tal fin es necesario detenerse sobre los problemas que plantea la configuración de la representación de los trabajadores en casos de contratas y subcontratas, puesta a disposición de trabajadores en el contexto de empresas de trabajo temporal, sucesión de empresa y, por último, en los grupos de empresas.

a. La representación de los trabajadores en los procesos de subcontratación

Las contratas y subcontratas y su delimitación con la cesión ilegal quizá sea el ejemplo más evidente de la necesidad de contar con criterios que nos ayuden a clarificar las situaciones de multilateralidad empresarial.

El punto de partida del análisis de esta compleja situación debe ser que la Constitución Española no contiene ninguna prohibición a la contratación externa por parte del empleador⁹³. En este sentido, por tanto, la subcontratación no patológica, la

⁹¹ Por ejemplo, el TS ha declarado que tanto la empresa principal como la subcontrata vulneran el derecho de huelga de los trabajadores de la subcontrata cuando ante la declaración de huelga de estos, la principal recurre a los servicios de otra mercantil vaciando de contenido el derecho de huelga (STS de 11 de febrero de 2015, R° 95/2014).

⁹² MOLERO MARAÑÓN, M^a Luisa, “La representación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 74.

⁹³ Entre otras: STS 27 de octubre de 1994 (R° 3724/1993), STS 17 de diciembre de 2001 (R°244/2001).

que no incurre en un supuesto de cesión ilegal, debe ser respetada y admitida como una fórmula legítima de organización empresarial.

Para que la intermediación de la contrata o subcontrata no suponga una cesión ilegal de mano de obra la jurisprudencia ha exigido que la contrata tenga los suficientes medios organizativos y patrimoniales para desarrollar su actividad productiva⁹⁴, además de por supuesto dar empleo a trabajadores.

Es decir, por tanto, la jurisprudencia ha exigido un elemento adicional para reconocer como empleador a la contrata. La característica elegida es una parte nuclear de la definición de empresa realizada por el derecho mercantil: el elemento patrimonial y organizativo⁹⁵.

Por una parte, el elemento patrimonial pretende garantizar que la empresa tenga la suficiente capacidad para llevar a cabo su actividad productiva. Por otra, el elemento organizativo busca certificar que esa empresa con capacidad económica, por tanto real, es la verdadera organizadora de la actividad productiva y no se limita meramente al suministro de mano de obra a otras empresas⁹⁶.

En síntesis, la licitud de la contrata viene condicionada porque: a) la empresa principal y contratista sean formalmente independientes; b) que la empresa contratista cuente con los medios económicos suficientes para su actividad productiva; c) que el poder de organización y dirección esté en manos de la empresa contratista; d) que dicha empresa asuma los riesgos de su actividad productiva.

Pese a los criterios señalados la diferenciación entre contratas y cesión ilegal sigue entrañando una enorme dificultad. La confusión entre ambas figuras deriva de que en muchas ocasiones la plantilla de la contrata comparte los centros de trabajo de la empresa principal y, por tanto, usa los medios materiales de la misma. Además, en el mismo sentido, la plantilla de la contratista también se ve condicionada por los horarios y jornada de la principal, debiendo acomodar su organización a la de la empresa que ha contratado sus servicios. Todo ello hace que sea arduo determinar cuándo concurren los requisitos de organización y patrimonio que se han enunciado antes como obligatorios y que delimitan la subcontratación de la cesión ilegal.

La subcontratación también ha planteado y sigue planteando problemas relacionados con la representación de los trabajadores. Por ejemplo, si un trabajador de una contrata que presta sus servicios en el centro de trabajo de la empresa principal puede ser representante de los trabajadores en la segunda. Evidentemente, cuando la

⁹⁴ STS 17 de diciembre de 2001 (R°244/2001); STS 12 de diciembre de 1997 (R° 3153/1996); STS 19 de enero de 1994 (R° 3400/1992); STS 17 de julio de 1993 (R° 1712/1992). Seguidas por las más recientes, entre otras: STSJ Madrid de 19 de marzo de 2007 (R° 6142/2006); STSJ Asturias de 30 de enero de 2009 (R° 2362/2008).

⁹⁵ PUEBLA PINILLA, Ana de la, *La empresa como objeto* ..., *op. cit.*, p. 67.

⁹⁶ En el mismo sentido *vid.* PUEBLA PINILLA, Ana de la, *La empresa como objeto* ..., *op. cit.*, p. 67.

subcontratación es legítima, no es posible ostentar la condición de representante de los trabajadores de una empresa de la que no se es empleado, pues la esencia de la subcontratación, como hemos señalado, es que el empleador real del trabajador es el titular de la subcontrata y no el de la empresa principal. No obstante, si la subcontratación es ilícita, es decir, si se ha incurrido en un supuesto de cesión ilegal, parece razonable que se reconozca al trabajador cedido ilegalmente el derecho a ser representante de los trabajadores en la empresa principal. Incluso podría ser elegido antes de ser declarado por la autoridad competente como trabajador de la empresa principal y de ser reconocido por la empresa principal como trabajador⁹⁷. Ello porque la opción cuando se ejercita por la relación laboral real –como lo será normalmente– no tiene propiamente un efecto constitutivo, porque con ella y con la sentencia que la acoge no se crea una relación nueva, sino que se declara la que en verdad existía, deshaciendo así la mera apariencia creada por la interposición⁹⁸.

Por ello, conocedor de los problemas que en la práctica puede generar la subcontratación, el legislador ha establecido ciertos derechos y obligaciones en relación con la articulación de la representación de los trabajadores entre empresa principal y contratas con la finalidad de intentar garantizar un estándar mínimo de representación⁹⁹.

En primer lugar, los representantes de la empresa subcontratista deberán recibir información por escrito sobre la identidad de la empresa principal (art. 42.3 ET). Por otra parte, los representantes de los trabajadores de la empresa principal tendrán derecho a ser informados de los datos identificativos de la empresa subcontratada, del objeto y duración de la contrata, del lugar de ejecución, del número de trabajadores que serán ocupados por la contrata en el centro de trabajo de la empresa principal, así como de las medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de prevención de riesgos laborales (art. 42.4 ET). Además, también se reconoce el derecho a los representantes de los trabajadores de la empresa principal de obtener información sobre los contratos futuros que la empresa tenga pensando suscribir (art.

⁹⁷ Ese es el supuesto planteado en la STSJ de Cataluña de fecha 4 de marzo de 2015 (R° 7387/2014). Aunque lamentablemente el Tribunal no alcanzó una solución sobre el fondo del asunto al verse obligado a declarar la nulidad del pronunciamiento de instancia –que estimó la cesión ilegal y el reconocimiento de la condición de representante del trabajador cedido ilegalmente–, con reposición de las actuaciones al momento de la admisión de la demanda, ante una indebida acumulación de acciones: la tutela de la libertad sindical y la declaración de cesión ilegal del trabajador.

⁹⁸ STS de 25 de enero de 2011 (R°1219/2010); STS 5 de diciembre de 2006 (R° 4927/2005).

⁹⁹ En similares términos, QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz, “La necesaria adaptación de las estructuras...”, *op. cit.*, pp. 102-104.

64 ET)¹⁰⁰. En ambos casos, nos encontramos ante un *numerus clausus* que solo exige que la empresa facilite la información expresamente prevista¹⁰¹.

Ambos supuestos de información son reconocidos con independencia de la denominación que reciban los contratos mercantiles que vinculen a la empresa principal y a la contrata. Lo importante es, por tanto, que se realice una actividad dentro del centro de trabajo del ámbito del Comité de Empresa al que se le debe facilitar esa información¹⁰².

En segundo lugar, se establece una *representación indirecta* de los trabajadores de la empresa subcontratista cuando estos no dispongan de representantes legales¹⁰³. En ese supuesto los trabajadores tendrán derecho a formular a los representantes de los trabajadores de la empresa principal cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, mientras compartan centro de trabajo y carezcan de representación (art. 42.6 ET)¹⁰⁴. Sin que los trabajadores de la subcontrata puedan participar en la elección de los representantes de la empresa principal y sin que los trabajadores de la subcontrata se tengan en cuenta para calcular el número de representantes elegibles, ni el crédito horario¹⁰⁵. No obstante, aunque la interrelación de las empresas aconsejaría profundizar en esta representación indirecta, lo cierto es que el propio ET limita el recurso a esta vía para interponer reclamaciones ante la empresa de la que dependen.

En tercer lugar, el artículo 46.7 ET dispone que los representantes legales de los trabajadores de la empresa principal y de las empresas subcontratistas, cuando compartan de forma continuada centro de trabajo, podrán reunirse a efectos de

¹⁰⁰ Al respecto, se ha señalado que estos deberes de información no se limitan a la subcontratación de la propia actividad, pues la literalidad del artículo solo alude a la “subcontratación” sin hacer ninguna mención adicional, MOLERO MARAÑÓN, M^a Luisa, “La representación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 83. Sobre si el alcance del deber de información supera o no la subcontratación de la propia actividad, *vid.* ROMERAL HERNÁNDEZ, Josefa, *Efectos de la descentralización...*, *op. cit.*, p. 93.

¹⁰¹ Al respecto, STS de 20 de junio de 2012 (R^o 176/2011), que rechaza la petición de los representantes de los trabajadores de acceder a la identidad, el puesto de trabajo, tipo de contrato y la categoría profesional de los empleados de la subcontrata, pues los artículos 42.4 y 64.1, 2, 3, 7 y 8 recogen todos un “*numerus clausus*”, con la única excepción del art. 64.7.e) que sí contiene un “*numerus apertus*”.

¹⁰² STSJ de Murcia de 4 de abril de 2011 (R^o 1/2011), que reconoce el derecho de un Comité de Empresa a recibir información sobre las actividades que se desarrollen dentro de su ámbito de competencias, independientemente de que estas actividades se desarrollarán bajo la fórmula de “asistencia técnica” o “encomienda de gestión”.

¹⁰³ La expresión puede encontrarse en QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz, “La necesaria adaptación de las estructuras...”, *op. cit.*, p. 104.

¹⁰⁴ Este triple requisito para poder articular la representación de los trabajadores de la empresa subcontratista a través de los representantes de la empresa principal supone un régimen más limitado que el previsto para las ETT, NIETO ROJAS, Patricia, *Las representaciones de los trabajadores...*, *op. cit.*, p. 152.

¹⁰⁵ Las limitaciones impuestas a esta representación indirecta producen un abaratamiento de la representación que solo puede ser solucionada por la negociación colectiva, MOLERO MARAÑÓN, M^a Luisa, “La representación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 94.

coordinación entre ellos y en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral. No obstante, la capacidad de representación y ámbito de actuación de los representantes de los trabajadores, así como su crédito horario, vendrán determinados por la legislación vigente y, en su caso, por los convenios colectivos de aplicación. Es decir, que el legislador se apresura a clarificar que la posibilidad de celebrar reuniones conjuntas tampoco altera el esquema de representación de nuestro país y, sin embargo, la regulación de reuniones de coordinación no deja de poner de manifiesto las transformaciones organizativas que sufren las empresas de nuestro país.

De igual forma, la necesidad de facilitar la coordinación entre contratas también propició la aparición de los llamados *comités intercontratas*¹⁰⁶, cuya regulación podemos encontrar en el artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y en el Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, mediante el cual se desarrolla este precepto. El fundamento de estos comités es el de facilitar la coordinación en materia de prevención de riesgos laborales entre subcontratas. El primer comité intercontratas surge como consecuencia de un accidente en la empresa Repsol. Otros ejemplos los podemos encontrar en Acerinox o Feresa y en el Convenio colectivo general de la Industria Química¹⁰⁷.

b. La representación de los trabajadores en misión

El legislador español ha facilitado una definición de empresa perfeccionada para dar cobertura a la excepcional configuración de la relación laboral triangular entre empresa usuaria, trabajador y empresa de trabajo temporal (ETT) –a través de los elementos patrimonial y organizativo¹⁰⁸–. Ello permite clarificar cuándo una sociedad

¹⁰⁶ Vid. QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz, “La necesaria adaptación de las estructuras...”, *op. cit.*, p. 101.

¹⁰⁷ Art. 66.6.2 del XVIII Convenio colectivo general de la Industria Química (BOE 19 de agosto de 2015) impone en algunas circunstancias la constitución de un Comité intercontratas: “En aquellos centros de trabajo que cuenten con más de 200 trabajadores de plantilla, cuando la naturaleza de los trabajos realizados sea especialmente compleja o peligrosa y el número de trabajadores de otras empresas auxiliares, de servicio, contratas y subcontratas, exceda durante un periodo superior a los tres meses de un 30% en relación con la plantilla total de la empresa principal, se declara como medio de coordinación para el cumplimiento del artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y su desarrollo reglamentario por el Real Decreto 171/2004, la constitución de un Comité de Seguridad y Salud Intercontratas”.

¹⁰⁸ El artículo 2 de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal (LETT) condiciona la actividad de las ETT a la obtención de una autorización administrativa previa. Esa autorización en realidad encubre la exigencia de los requisitos patrimonial y organizativo. Por una parte, el elemento organizativo pretende que las ETT no sean una mera pantalla interpuesta entre empresas usuarias y trabajadores, sino que verdaderamente cumplan con el papel esperado del empleador real. Este elemento queda asegurado por la exigencia de una plantilla mínima –doce trabajadores indefinidos por cada mil trabajadores o fracción inferior– y de una inversión mínima en formación de los trabajadores –las ETT deben destinar el 1% de su masa salarial a la formación de sus trabajadores–. Por otra parte en cuanto al elemento patrimonial, la garantía financiera, que debe alcanzar el 10% de la masa salarial del ejercicio económico inmediatamente anterior, sin que en ningún caso pueda ser inferior a veinticinco veces el SMI en el año anterior, pretende asegurar que la sociedad cuente con un capital social mínimo para poder hacer frente a su actividad empresarial. En este sentido *vid.* PUEBLA PINILLA, Ana de la, *La empresa como objeto ...*, *op. cit.*, p. 69.

puede ceder legítimamente mano de obra a otras empresas, pero no resuelve otros problemas derivados de esta fórmula productiva. Especialmente complejas son aquellas peculiaridades del proceso productivo conjunto, entre ETT y empresa usuaria, relacionadas con el objeto de este estudio, la representación colectiva de los trabajadores¹⁰⁹.

En este sentido, la temporalidad de los servicios prestados por los trabajadores en misión, la dispersión de los mismos y la variedad de funciones que estos pueden desarrollar aconsejarían que nuestro ordenamiento hubiera contemplado un régimen jurídico especial para articular la representación de los trabajadores en este tipo de empresas¹¹⁰, en lugar de someter las mismas al régimen general previsto en el Estatuto de los Trabajadores¹¹¹. Sin embargo, el legislador español no ha sabido, no ha querido o no ha podido establecer un régimen adecuado y específico para la representación colectiva de los trabajadores en misión¹¹². Además, las excepciones previstas no dejan de plantear problemas.

La prestación de servicios de los trabajadores en misión en el centro de trabajo de la empresa usuaria ha llevado al legislador a reconocer el derecho de los trabajadores en misión de presentar a través de los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria reclamaciones en relación con las condiciones de ejecución de su actividad laboral¹¹³. De tal suerte que los representantes de los trabajadores de las empresas usuarias podrán formular cualquier reclamación en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral, en todo aquello que atañe a la prestación de sus servicios en éstas, en nombre de los trabajadores en misión y mientras dure la

¹⁰⁹ Pues fruto de la relación triangular entre empresa usuaria, ETT y trabajador, los derechos colectivos de estos últimos quedan en una situación próxima a la invisibilidad, VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “Empresarios sin empresas y empresas sin empresarios: los problemas de la representación y negociación colectiva de los trabajadores de las ETT” en *Relaciones Laborales*, 2006, vol. 1, p. 71.

¹¹⁰ De forma muy gráfica, respecto del sometimiento de la representación de los trabajadores de la ETT al régimen común contemplado en el ET, se ha afirmado que “dar uno de nuestros trajes a alguien que tuviese tres brazos y tres piernas, sería condenarle a permanecer desnudo, aunque nuestra conciencia quedaría seguramente tranquila”, *vid.* AYUSO MOZAS, Raúl, “Cuestiones sobre la representación...”, *op. cit.*, p. 489. Al respecto también, VALDÉS DE LA VEGA, Berta, *Las empresas de trabajo temporal*, Comares, Granada, 2001, p. 140.

¹¹¹ Ni la LETT, ni el RD 1844/1994, de 9 de septiembre, mediante el que se aprueba el Reglamento de Elecciones de Órganos de Representación de Trabajadores en la Empresa (BOE núm. 219, 13 de septiembre de 1994), con la sección 2ª dedicada expresamente a los procesos electorales en sectores con procesos especiales, incluyen ninguna previsión –con la salvedad del derecho de los trabajadores en misión a recurrir a los representantes unitarios de la empresa usuaria (art. 17 LETT)– específica distinta de las previstas en el ET para regular la representación de los trabajadores en el conjunto de las sociedades.

¹¹² VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “Empresarios sin empresas y empresas sin empresarios: los problemas de la representación y negociación colectiva de los trabajadores de las ETT” en *Relaciones Laborales*, 2006, vol. 1, p. 72.

¹¹³ La posibilidad reconocida por la LETT para que los trabajadores en misión presenten reclamaciones a través de la representación unitaria de la ETT no significa que automáticamente esas reclamaciones deban ser siempre cursadas, NIETO ROJAS, Patricia, *Las representaciones de los trabajadores...*, *op. cit.*, p. 150.

cesión¹¹⁴. Sin que ello pueda suponer una ampliación del crédito de horas mensuales retribuidas a que tengan derecho dichos representantes¹¹⁵. El régimen previsto por el artículo 17 LETT establece, por tanto, una triple limitación –temporal, material e identificativa– a la representación de los trabajadores en misión en las empresas usuarias¹¹⁶.

La limitación temporal supone que solo durante el tiempo que dure la misión será posible que los trabajadores cedidos recurran a los representantes de las empresas usuarias. Sin duda, esta medida restringe considerablemente la efectividad de la posibilidad de recurrir a los representantes unitarios de la empresa usuaria en defensa de los derechos de los trabajadores en misión dada la brevedad que suele caracterizar la cesión de trabajadores a través de ETT.

En cuanto a la limitación material, la LETT restringe enormemente las causas por las que los trabajadores en misión pueden recurrir a los representantes de la empresa usuaria, que solo serán competentes para presentar reclamaciones en relación con las condiciones de ejecución. La jurisprudencia ha interpretado de forma estricta la limitación objetiva de la representación indirecta, de tal suerte que las reclamaciones deberán versar sobre aspectos concretos de la prestación de trabajo en la empresa usuaria y no sobre las condiciones de trabajo, tomadas en sentido amplio, de las que disfrute el trabajador en misión en virtud del contrato de puesta a disposición que vincula a ETT y empresa usuaria. Así, por ejemplo a pesar de que la LETT obliga a que los trabajadores en misión perciban la remuneración que les habría correspondido de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria, art. 11 LETT, la jurisprudencia ha entendido que las reclamaciones en cuestiones salariales no pueden efectuarse a través de la representación unitaria de las empresas usuarias pues el abono del salario es responsabilidad exclusiva de la ETT. Por tanto, el comité de empresa de la sociedad usuaria no es competente para reclamar en nombre de los trabajadores en misión el abono de un complemento de absentismo previsto en el convenio colectivo aplicable al centro de trabajo donde desarrollan sus labores los

¹¹⁴ La LETT posibilita que los representantes unitarios de las empresas usuarias interpongan reclamaciones en nombre de los trabajadores en misión sin su consentimiento. Ello a pesar de que representantes de la empresa principal y trabajadores de la ETT no tienen ningún vínculo entre sí y que la interposición de acciones por terceros dificultaría enormemente la posibilidad de acudir a la garantía de indemnidad frente a hipotéticas conductas represivas desplegadas por la ETT, *vid.* VALDÉS ALONSO, Alberto, “Facultades de los representantes...”, *op. cit.*, pp. 106-107.

¹¹⁵ Esta representación indirecta de los trabajadores en misión inspiró al legislador a reconocer, a través del art. 42.6 ET, un sistema similar de representación en los procesos de subcontratación MOLERO MARAÑÓN, M^a Luisa, “La representación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 93.

¹¹⁶ Puede verse un análisis con mayor detalle de la triple limitación en AYUSO MOZAS, Raúl, “Cuestiones sobre la representación...”, *op. cit.*, pp. 495-500

trabajadores en misión¹¹⁷, ni el disfrute de cuatro descansos de 10 minutos computables como tiempo de trabajo efectivo y remunerados, que sí perciben los trabajadores directos la empresa principal¹¹⁸. La jurisprudencia, por tanto, restringe rigurosamente el campo de actuación de la representación indirecta incluso en aquellos casos en los que la reclamación salarial tiene una conexión directa y notoria con las condiciones de ejecución del trabajo. Al respecto, también hubo intentos en suplicación de elaboración una interpretación más ambiciosa de este precepto, que les llevó a permitir que los órganos de representación de la empresa usuaria también pudieran presentar reclamaciones en cuestiones salariales referidas a la ETT¹¹⁹.

Finalmente, en cuanto a la limitación identificativa, a pesar de que, como se ha señalado, el artículo 17 LETT confiere a los representantes de la empresa usuaria la representación de los trabajadores en misión, lo hace sin que dicha tarea suponga un aumento del crédito de horas mensuales retribuidas a que tengan derecho dichos

¹¹⁷ STS 27 de abril de 2004 (R° 2133/2003), FJ 3º: “De la redacción del precepto (art. 17.1 LETT) se infiere con claridad que los representantes de los trabajadores en la empresa usuaria tienen atribuida la de los trabajadores en misión únicamente en lo que a las condiciones de ejecución de la actividad laboral se refiere, pero no en aquellas reclamaciones que hayan de formular frente a la empresa de la que dependen, como son las referidas al sistema retributivo, pues no cabe ignorar que la relación de trabajo se sostiene únicamente entre la empresa de trabajo temporal y sus trabajadores puestos a disposición, siendo obligación de ésta, tal y como se desprende del artículo 12.1 de la norma citada, el cumplimiento de las obligaciones en materia salarial, aunque su cuantía haya de alcanzar, como mínimo, la retribución total establecida para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria (artículo 11.1 de la Ley en redacción dada, como es sabido, por la Ley 29/1999), tenga naturaleza estatutaria o extraestatutaria, como ha dicho esta Sala en su sentencia antes citada de 25 de septiembre de 2.002 (RJ 2004, 5582) (recurso 8/70/2002), y también con independencia de que exista una responsabilidad normalmente subsidiaria (solidaria si el contrato se realiza incumpliendo lo dispuesto en los artículos 6 y 8 de la Ley) respecto de las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición (artículo 16). Por otra parte, como acertadamente recuerda la sentencia recurrida, el artículo 17 de la Ley se incardina en el Capítulo IV de la repetida norma, que regula la relación del trabajador de empresa temporal con la empresa usuaria, razón por la que es preciso poner en conexión el artículo 16, que contiene la descripción de las obligaciones de la empresa usuaria, para conocer el alcance de la expresión legal “condiciones de ejecución de la actividad laboral”, no pudiendo vincularse éstas al percibo de las retribuciones que, como se ha visto, es responsabilidad única de la titular de la relación de trabajo, esto es, la empresa de trabajo temporal, ya que la posición de la empresa usuaria no viene dada mediante un vínculo directo con el trabajador en misión, sino a través del contrato de puesta a disposición que celebra aquélla con la empresa de trabajo temporal (artículo 6 de la Ley) y por medio del que se produce la cesión del trabajador para la prestación de servicios y su vinculación al poder de dirección y control de la empresa usuaria (artículo 15)”.

¹¹⁸ STS de 9 de julio de 2012 (R° 2563/2011).

¹¹⁹ “Dicho precepto [el art. 17 LETT] es evidente que persigue un fin: dar, mientras dura la relación de trabajo en misión en la usuaria, el mismo régimen de cobertura y defensa a los misionados que a quienes prestan normalmente su trabajo en dicha empresaria usuaria, y establecer una relación de derechos y obligaciones entre los representantes de éstos y dichos misionados lo más amplia posible, hasta el punto de alcanzar la totalidad de derechos y obligaciones que la naturaleza de esa situación coyuntural permita” FJ 1º, STSJ de Madrid de 18 de abril de 2001 (R° 1394/2001). También se estimó que un sindicato con implantación en la empresa usuaria podía recurrir las condiciones salariales de los trabajadores en misión independientemente de que tuvieran o no implantación en la ETT, vid. STSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de noviembre de 2006 (R° 3006/2006), FJ 3º: “si lo que quiere decir [la parte recurrente] es que la falta de implantación es en las ETTs codemandadas, ésta es irrelevante a los efectos de las posibles reclamaciones que los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria pueden realizar, a petición de los trabajadores puestos a disposición, tal y como autoriza el art. 17.1 de la Ley que regula tales empresas de Trabajo Temporal”.

representantes. Además, a pesar de que los trabajadores en misión deben ser defendidos por los representantes de la empresa usuaria, estos no son tenidos en cuenta para calcular la dimensión de la empresa a los efectos de determinar la representación de los trabajadores que debe constituirse en la empresa usuaria. Por ambos motivos, es fácil suponer que en caso de conflicto entre los intereses de los trabajadores directos de la empresa usuaria y de los trabajadores en misión, los representantes antepongan los intereses de los primeros sobre los de los segundos.

Sortear la limitación identificativa podría lograrse de una manera simple. Bastaría con que se computaran los trabajadores en misión para determinar la dimensión de la empresa usuaria¹²⁰, tal y como hacen otros Estados¹²¹. La solución planteada tampoco es ajena a nuestro ordenamiento, el art. 6.2 RD 216/1999, de 5 de febrero¹²², prevé que las empresas usuarias contabilizarán el promedio mensual de trabajadores puestos a su disposición por empresas de trabajo temporal en los últimos doce meses, con el fin de determinar los medios, recursos y modalidades de organización de sus actividades de prevención.

Por tanto, la triple limitación en la representación de los trabajadores en misión provoca que la articulación de la defensa de los derechos de los mismos a través de los representantes de los mismos no está suficientemente asegurada en las relaciones triangulares¹²³, incluso su aplicación puede volverse en contra de los propios intereses de los trabajadores en misión¹²⁴. El problema es que el artículo 17 LETT no amplía la representatividad del comité de empresa o delgados de personal de la usuaria, sino que se limita a permitir que sirvan de vehículo de reclamaciones en algunos supuestos específicos. Además, el régimen dispuesto por la LETT olvida que los representantes

¹²⁰ Precisamente, la Directiva 2008/104/CE traslada a los Estados la decisión de que los trabajadores en misión computaran o no en el cálculo de la representación unitaria de la empresa usuaria. Lamentablemente el legislador español no ha tenido en cuenta a estos trabajadores, al respecto GORDO GONZÁLEZ, Luis, “La adecuación del derecho español a la Directiva 2008/104/CE, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, en *Revista de Derecho Social*, vol. 54, 2011, p. 158. Aunque su adopción sería adecuada en la medida en la que la empresa usuaria es la responsable de las condiciones de ejecución de la prestación de servicios por parte de los trabajadores en misión, MORENO VIDA, María Nieves, *El trabajo en régimen de empresas de Trabajo Temporal. Estudio del ordenamiento interno y comunitario*, Comares, Granada, 2005, p. 27.

¹²¹ Eso es lo que sucede en Francia, Bélgica y Luxemburgo, donde los trabajadores puestos a disposición son computados de forma ponderada a razón de los días trabajados en el año. Computar a los trabajadores en misión, además, facilitaría evitar que las empresas usuarias puedan recurrir a esta figura en lugar de a la contratación temporal directa para reducir el número de representantes o el número de horas de crédito sindical en la empresa, *vid.* AYUSO MOZAS, Raúl, “Cuestiones sobre la representación...”, *op. cit.*, p. 499.

¹²² Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las empresas de trabajo temporal (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 1999).

¹²³ Se ha señalado que la regulación de las ETT podría conducir a una infraprotección de los trabajadores en misión, VALDÉS DE LA VEGA, Berta, *Las empresas de trabajo temporal*, *op. cit.*, p. 153.

¹²⁴ VALDÉS ALONSO, Alberto, “Facultades de los representantes...”, *op. cit.*, p. 108. Sin olvidar que la ampliación de las obligaciones de los representantes de la empresa usuaria sin ampliar su crédito horario disminuye el tiempo efectivo que estos pueden dedicar a la defensa de los derechos de los trabajadores de la empresa principal, ROMERAL HERNÁNDEZ, Josefa, *Efectos de la descentralización...*, *op. cit.*, p. 40.

de al empresa usuaria tenderán a velar preferentemente por los trabajadores de la empresa usuaria, pues son los trabajadores ante los que deben rendir cuentas y los que participan en su elección¹²⁵.

Además de los problemas aparejados a la representación de los trabajadores en misión en las empresas usuarias, la configuración del canal unitario en las ETT también presenta sus propias complicaciones, fruto de la imposición del régimen general por la que optó el legislador.

En primer lugar, el art. 69.2 ET exige una antigüedad mínima de, al menos, un mes para ser elector y seis meses para poder ser elegible. La propia disposición contempla que podrá pactarse por los convenios colectivos una reducción de la antigüedad necesaria para gozar del sufragio pasivo en aquellas actividades con una alta movilidad del personal, con el límite mínimo de tres meses. Esa es precisamente la solución adoptada por el V Convenio colectivo de las Empresas de Trabajo temporal¹²⁶. Sin embargo, ello no resuelve las incógnitas sobre el sufragio pasivo en las ETT porque en muchas ocasiones las ETT suscriben contratos de duración inferior a esos tres meses mínimos, incluso de días u horas. En este sentido, la doctrina ha apuntado que podría ser interesante seguir el modelo de algunos Estados europeos, como, por ejemplo, Luxemburgo, que contempla que deberá computarse la totalidad de los periodos en los que el trabajador haya prestado sus servicios para la ETT¹²⁷.

En segundo lugar, la unidad de negociación básica para construir la representación de los trabajadores prevista por el ET es también incongruente con el modelo organizativo propio de las ETT. La representación de los trabajadores prevista en el ET se construye a partir del centro de trabajo. Sin embargo, la actividad de las ETT se caracteriza por una fuerte dispersión, que provoca centros de trabajo –los centros de la empresa usuaria en los que prestan sus servicios los trabajadores en misión– con un número muy reducido de trabajadores¹²⁸.

Para solventar la dificultad de alcanzar el umbral de trabajadores necesarios para poder constituir los órganos unitarios de representación de los trabajadores, la

¹²⁵ VALDÉS ALONSO, Alberto, “Facultades de los representantes...”, *op. cit.*, p. 105.

¹²⁶ Art. 56 del V Convenio Convenio colectivo estatal de empresas de trabajo temporal (BOE núm. 37, de 8 de febrero de 2008). Debe señalarse que a pesar de que el V Convenio colectivo estatal de las ETT fue denunciado en noviembre de 2010. Sin embargo, su contenido normativo sigue resultando de aplicación pues el art. 5.4 del Convenio preveía que “en el supuesto de que una vez denunciado no se hubiera alcanzado acuerdo sustitutivo antes de la expiración de su vencimiento, el presente Convenio perderá su vigencia en su contenido obligatorio”, lo que en el marco del derecho vigente, tras la modificación de los periodos de ultraactividad, ha llevado a la Audiencia Nacional a declarar vigente el contenido normativo del Convenio (SAN de 1 de enero de 2014, Rº 440/2013).

¹²⁷ AYUSO MOZAS, Raúl, “Cuestiones sobre la representación...”, *op. cit.*, p. 491.

¹²⁸ LÓPEZ BALAGUER, Mercedes, *La relación laboral de los trabajadores puestos a disposición: aspectos individuales y colectivos*, Tirant lo Blanch Valencia, 2001, p 359.

negociación colectiva ha recurrido a fijar la provincia como el ámbito en el que se celebrarán las elecciones para elegir a los delegados de personal y a los comités de empresas (art. 56 V Convenio colectivo estatal de ETT)¹²⁹. Aunque, la modificación operada por el Convenio colectivo sea más garantista desde el punto de vista de la tutela de los derechos de los trabajadores, lo cierto es que cabe cuestionar la legalidad de este precepto al modificar convencionalmente la unidad de constitución de la representación unitaria¹³⁰, materia indisponible para las partes¹³¹.

En conclusión, la regulación de la representación de los trabajadores en las ETT, modelo empresarial implantado en nuestro país hace más de veinte años, es francamente insuficiente. Si se quisiera establecer una adecuada representación de los trabajadores en esta estructura empresarial compleja con tres sujetos implicados se debería bien reconocer la existencia de representantes supraempresariales de los trabajadores temporales con plenas competencias sobre todos los centros de trabajo en los que presten sus servicios los trabajadores, con independencia del titular de esos centros, o bien computar a los trabajadores en misión para la elección de los

¹²⁹ La configuración de una unidad territorial provincial a través de la negociación ha sido propuesta asimismo como solución para solventar la dispersión típica característica también de las contratas, MOLERO MARAÑÓN, M^a Luisa, “La representación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 75.

¹³⁰ AYUSO MOZAS, Raúl, “Cuestiones sobre la representación...”, *op. cit.*, p. 492. Se ha argumentado que la unidad de negociación de creación convencional dependerá en cada caso de si pretende adaptar y concretar el concepto de centro de trabajo o si, por el contrario, se trata más bien de modificarlo hasta tal punto que pueda llegar a hablarse sin más de una auténtica desnaturalización y de la creación convencional de otro centro de imputación de la normativa electoral estatutaria, *vid.* CALVO GALLEGO, Francisco Javier, “Representación y acción sindical en la empresa” en FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda y RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, Miguel C. (Dirs.), *Relaciones laborales y empresas de trabajo temporal*, Ediciones Laborum, 2002, p. 414. No obstante, algunas interpretaciones han identificado el Comité, previsto en el art. 56 del Convenio colectivo de las ETT, con el Comité de empresa conjunto, regulado en el art. 63 ET, ROMERAL HERNÁNDEZ, Josefa, *Efectos de la descentralización...*, *op. cit.*, p. 29.

¹³¹ CRUZ VILLALÓN, Jesús, “El desarrollo del proceso electoral sindical a través de las resoluciones judiciales” en *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, vol. 10-11, 1987, p. 29. ROMERO RODENAS, María José “El centro de trabajo...”, *op. cit.*, pp. 88-89: “Corresponde al ordenamiento jurídico regular los supuestos excepcionales en los que el centro de trabajo no se corresponde con la circunscripción electoral”, por ello, “las normas que disciplinan la obtención de representantes han de tener el carácter de no disponibles por la voluntad de las partes, rigiendo las mismas en todos los procedimientos”. Al respecto, existen diferentes pronunciamientos judiciales que han señalado que la unidad electoral es el centro de trabajo y que tal afirmación no admite más excepciones que las expresamente establecidas por la norma, *vid.* FJ 2º, STS 11 de febrero de 2015 (Rº 2872/2013); FJ 4º STS de 28 de mayo de 2009 (Rº 127/2008); FJ 4º STS 20 de febrero de 2008 (Rº 77/2007). No obstante, en unos primeros pronunciamientos el TS, al constatar que los procesos de despido colectivo o modificación sustancial de las condiciones laborales no podrían ser seguidos en las empresas de pequeñas dimensiones porque en ellas no existe la representación de los trabajadores con los que entablar las oportunas negociaciones, señala *obiter dicta* que “[...] lo aconsejable que sería dotar a los trabajadores de la empresa demandada de representantes unitarios; pero ello habrá de lograrse en su caso por el cauce de una negociación, no por la vía de una imposición unilateral que la ley no permite” FJ 8 STS de 31 de enero de 2001 (Rº 1959/2000) y FJ 8º STS 19 de marzo de 2001 (Rº 2012/2000). Parece por tanto que, al menos en un momento inicial, el TS entendía que la circunscripción electoral para la constitución de la representación de los trabajadores no era disponible unilateralmente, pero sí mediante el acuerdo de las partes.

representantes unitarios de las empresas usuarias y asignar a estos la defensa y tutela de los derechos de los trabajadores de la ETT¹³².

c. La representación de los trabajadores ante la sucesión empresarial

Otro supuesto problemático en la delimitación de la representación de los trabajadores es en el de la sucesión de sociedades mercantiles. En nuestro ordenamiento, el artículo 44 ET es el encargado de disponer las garantías individuales y colectivas que tutelarán el cambio de titularidad en la empresa, trasponiendo a nuestro ordenamiento el contenido de la Directiva 2001/23/CE¹³³, aunque de manera escueta e incompleta¹³⁴.

Las normas que amparan a los trabajadores en la transmisión de empresas tienen carácter imperativo, incluso en el nivel comunitario¹³⁵. Por tanto, ningún pacto entre cedente o cesionario puede eludirlas, ni siquiera con la aquiescencia del trabajador¹³⁶.

Solo cuando la transmisión afecte a una empresa según la definición del artículo 44 ET podremos decir que estamos ante un cambio de titularidad al que aplicar las reglas de dicho artículo. Por tanto, la particularidad del concepto de empresa prevista en nuestro ET radica en que no puede partir de la existencia de las relaciones laborales, porque esa es la consecuencia precisamente de la transmisión de la empresa¹³⁷. Es decir, la definición con la que decidir si nos encontramos o no ante una transmisión de empresas no puede fundarse en el artículo 1.2 ET, en la existencia de una plantilla de trabajadores, sino que tiene que buscar otros elementos adicionales.

¹³² En este sentido, por ejemplo, SALA FRANCO, Tomás, “Descentralización laboral...”, *op. cit.*, p. 166.

¹³³ La vigente Directiva 2001/23/CE de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad (DOCE 23 de marzo de 2001, L 82/16), sustituye la anterior Directiva de aplicación en la materia la 77/187/CEE.

¹³⁴ La comparación entre el contenido de la Directiva y la trasposición realizada por el legislador español ciertamente descubre que la normativa española no ha tenido en cuenta un aspecto tan importante como los relativos al mantenimiento de las garantías mientras se ejecuta el proceso de transmisión, *vid.* SALCEDO BELTRÁN, M^a Carmen, “Sucesión empresarial...”, *op. cit.*, p. 292.

¹³⁵ Se ha señalado que las Directivas sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas constituyen un atentado a la libertad de empresa, *vid.* AGÍS DASILVA, Montserrat, “Apuntes y comentarios...”, *op. cit.*, p. 718. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea también ha reconocido que estas normas suponen una limitación de la libertad de empresa, justificada porque la finalidad de la Directiva es transferir al cesionario, en interés de los trabajadores, las obligaciones derivadas de los contratos de trabajo o relaciones laborales, STJ Giuseppe d’Urso, Adriana Ventadori y otros vs Ercole Marelli Elettromeccanica Generale SpA y Ercole Marelli Nuova Elettromeccanica Generale SpA, de 25 de julio de 1991 (Asunto C-362/89), §14 y 15.

¹³⁶ *Vid.* AGÍS DASILVA, Montserrat, “Apuntes y comentarios...”, *op. cit.*, p. 718-719. La imperatividad de la norma se mantiene incluso en aquellos supuestos en los que este criterio riguroso resulte perjudicando a los trabajadores. Al respecto *vid.* DESDENTADO BONETE, Aurelio, “La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia” en *Revista Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 38, 2002, p. 245, 246 y nota 35 en p. 251.

¹³⁷ PUEBLA PINILLA, Ana de la, *La empresa como objeto ...*, *op. cit.*, p. 73.

La definición debe inspirarse, por tanto, en otros razonamientos al margen de los laborales. Los criterios mercantiles pueden ayudar a determinar el concepto de empresa en la transmisión de empresas¹³⁸.

La doctrina mercantilista no ha conseguido alcanzar una definición unitaria de empresa, se encuentra dividida en diversas corrientes en función de los distintos elementos que resaltan en la construcción de su definición. A los efectos que aquí importan, las posturas pueden resumirse en tres grandes fórmulas para definir la empresa: concepto subjetivo, concepto objetivo y proceso de personificación de la empresa¹³⁹. A los efectos de la transmisión empresarial el concepto que sirve de referencia es el concepto objetivo o patrimonial.

Lo cierto es que el concepto de transmisión de empresa al que se refiere el art. 44 ET ha sufrido una suerte de vis expansiva que ha determinado que progresivamente se hayan ido calificando como sucesión de empresa algunos supuestos que inicialmente no se consideraban incluidos en el citado art. 44 ET. Así ocurrió con los fenómenos de externalización productiva o, con mayor claridad aun, en los casos de cambio de contratista –o de concesionario, si se trataba de una Administración Pública– a los que, durante mucho tiempo, se les negó la aplicación del art. 44 ET¹⁴⁰. Pero también la evolución de la doctrina del Tribunal Supremo desde una noción de empresa muy apegada al sustrato material de la misma hasta otra, mucho más amplia, en la que siguiendo las indicaciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se considera que “para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión

¹³⁸ No obstante, debe quedar claro que no se trata de trasladar automáticamente el concepto mercantil al ordenamiento laboral, porque ello generaría más perjuicios que beneficios. La definición mercantil de empresa está fundada sobre otros principios que ignoran la necesaria protección de los intereses y derechos de los trabajadores que guían toda la normativa laboral, *vid.* PUEBLA PINILLA, Ana de la, *La empresa como objeto ...*, *op. cit.*, p. 75.

¹³⁹ Para un análisis más detallado *vid.* PUEBLA PINILLA, Ana de la, *La empresa como objeto ...*, *op. cit.*, p. 75 y ss.

¹⁴⁰ En estos supuestos no podemos considerar que se produzca una transmisión de empresa. Uno de los requisitos para que las contrataciones sean lícitas es que el contratista cuente con un patrimonio y una organización propia con la que hacerse cargo del servicio que le contrata la principal. Por tanto, si cada contratista debe contar con una empresa para prestar sus servicios, cuando se sustituye o se recupera el servicio subcontratado no hay sucesión empresarial. Idéntico razonamiento se ha seguido respecto de las concesiones administrativas, *vid.* PUEBLA PINILLA, Ana de la, *La empresa como objeto ...*, *op. cit.*, p. 93.

de dichas actividades”¹⁴¹. La doctrina de la sucesión de plantilla es también una expresión evidente de dicho proceso.

La representación de los trabajadores también se ve afectada de forma directa por los supuestos de sucesión empresarial. Cuando se produce una transmisión de una sociedad o de parte de la misma los representantes electos pueden conservar sus derechos y garantías o perderlos una vez producida la transmisión.

Los representantes mantendrán o no tal condición en función de las características concretas de la transmisión. Diferentes pronunciamientos judiciales han debido enfrentarse a la eventualidad de que la transmisión empresarial afectara a representantes electos, alcanzando diferentes soluciones en función de las características de cada caso. Por ejemplo, en caso de extinción y adjudicación a una nueva contrata, el criterio, general y mayoritario¹⁴², es que la sucesión extingue la condición de representante pues estos perdieron la representatividad de quienes los eligieron y para lo que fueron elegidos, pues esa condición no es transferible ni puede ser impuesta a los trabajadores de una empresa que no fueron electores, ni a la nueva empresa¹⁴³. Por el contrario, si la transmisión se limita al cambio de la titularidad empresarial, por ejemplo el intercambio entre entidades de crédito de alguna sucursal bancaria, el representante conservará su condición, pues “lo determinante, para que no se pierda la condición de miembro del Comité de Empresa, es la subsistencia del centro de trabajo, para el que el trabajador fue elegido, y no la empresa, sin que dicho cometido se vea afectado por la integración o asunción de la titularidad por un nuevo empresario, por persistir aquel órgano de representación institucional, mientras que la actividad laboral se mantenga [...] no estamos ante un caso de desaparición del Banco cedente con integración en el cesionario, pues de haberlo habido, obviamente, también dejarían de existir los Comités de Empresa de aquélla, sólo hubo un cambio formal de titularidad en determinadas sucursales, continuándose la misma actividad con idénticas funciones y número de trabajadores, subsistiendo los mismos centros de trabajo, si esto es así, la representatividad del actor [...] no puede quedar afectada por un acto discrecional del Empresario como sería el examinado”¹⁴⁴.

El art. 44.5 ET clarifica, reproduciendo las previsiones de la Directiva, los supuestos en los que el cambio de empresario no impide que los representantes de los trabajadores conserven su condición. Señala este precepto que cuando la empresa, el

¹⁴¹ STJCE de 11 de marzo de 1997 Asunto C-13/95 (Caso Süzen).

¹⁴² SALCEDO BELTRÁN, M^a Carmen, “Sucesión empresarial y mantenimiento de la representación unitaria” en ROMERO RODENAS, María José (Coord.), *Aspectos conflictivos de las elecciones Sindicales*, Bomarzo, Albacete, 2006, p. 295.

¹⁴³ FJ 3º STS de 28 de junio de 1990 (Roj 5045/1990).

¹⁴⁴ FJ 2º STS de 23 de julio de 1990 (Rº 207/90). En el mismo sentido, STSJ Valencia de 12 de diciembre de 2007 (Rº 1043/2007), STSJ Cataluña de 15 de septiembre de 2010 (Rº 10/2010).

centro de trabajo o la unidad productiva autónoma objeto de transmisión conserve su autonomía, el cambio de titularidad del empresario no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores, que siguen ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad. Y ello salvo que, en virtud de la legislación del Estado miembro o de un acuerdo con los representantes de los trabajadores, se reúnan las condiciones necesarias para una nueva designación de los representantes de los trabajadores o para la nueva formación de la representación de éstos (art. 6.1 Directiva 2001/23). En este caso subsiste la representación hasta que se produzca la readecuación (art. 67.1 ET y 13 RD 1844/94). La otra excepción se refiere al supuesto en que dejen de reunirse "las condiciones necesarias para la formación de la representación de los trabajadores" (art. 6.1 Directiva 2001/23), esto es, si se reduce el número de trabajadores por debajo del umbral mínimo que fija el art. 62.1 ET.

El problema a la hora de analizar la subsistencia de la representación de los trabajadores en estos casos es determinar el significado y alcance de la expresión utilizada tanto por la Directiva, como por el art. 44.5 ET cuando exige que la entidad transmitida conserve su "autonomía". Esta cuestión, que no había sido abordada, al menos no directamente, por nuestra doctrina judicial, sí fue analizada en la STJUE de 29 de julio de 2010 (Asunto C-151/09, caso UGT-FSP) resolviendo precisamente una cuestión prejudicial planteada por un tribunal español. En este caso, tras el rescate de las diversas concesiones de servicios públicos por el Ayuntamiento de La Línea (conserjería y limpieza de colegios públicos, limpieza viaria y mantenimiento de parques y jardines), éste se subrogó en los derechos y obligaciones de las empresas hasta entonces concesionarias frente a los trabajadores de sus plantillas y éstos se integraron en la plantilla del Ayuntamiento. Estos mismos trabajadores, sin excepción, siguen ocupando los mismos puestos de trabajo y desarrollando las mismas funciones que antes de dicho rescate, en los mismos centros de trabajo y bajo las órdenes de los mismos encargados inmediatos, sin cambios sustanciales en las condiciones de trabajo. La única diferencia es que sus máximos responsables jerárquicos, por encima de los anteriores responsables, son ahora los mandatarios públicos correspondientes, a saber, los concejales o el alcalde.

Para responder a la cuestión de si en este caso debe entenderse que la entidad conserva su autonomía, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea comienza por afirmar que el concepto de "autonomía" no es equivalente al de "identidad". Autonomía, señala la sentencia, significa "derecho a gobernarse por sus propias leyes". Aplicado a una entidad económica, este término se refiere a las facultades, conferidas a los responsables de dicha entidad, de organizar de manera relativamente libre e independiente el trabajo dentro de la referida entidad desarrollando la actividad económica que le es propia y, más concretamente, las facultades de dar órdenes e

instrucciones, distribuir tareas a los trabajadores subordinados pertenecientes a la entidad en cuestión y decidir sobre el empleo de los medios materiales puestos a su disposición, sin intervención directa de otras estructuras de organización del empresario («facultades organizativas»). Por tanto, la autonomía se conserva, en principio, cuando, con posterioridad a la transmisión, las facultades organizativas de los responsables de la entidad transmitida permanecen en esencia inalteradas, dentro de las estructuras de organización del cesionario, en comparación con la situación existente antes de la transmisión. El mero cambio de los máximos responsables jerárquicos no puede de por sí menoscabar la autonomía de la entidad transmitida. Sólo las facultades que permitan a dichos superiores jerárquicos organizar directamente la actividad de los trabajadores de esa entidad y asumir la adopción de decisiones dentro de la misma podrían menoscabar la autonomía de dicha entidad. Tal sustitución en la adopción de decisiones dentro de la entidad transmitida no puede considerarse perjudicial si se efectúa excepcionalmente en circunstancias de urgencia.

A partir de estos razonamientos, el Tribunal concluye que “una entidad económica transmitida conserva su autonomía, en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2001/23 del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de [transmisiones] de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, cuando las facultades conferidas a los responsables de esta entidad dentro de las estructuras de organización del cedente, a saber, la facultad de organizar, de manera relativamente libre e independiente, el trabajo en dicha entidad desarrollando la actividad económica que le es propia y, más concretamente, las facultades de dar órdenes e instrucciones, distribuir tareas a los trabajadores subordinados pertenecientes a la entidad en cuestión y decidir sobre el empleo de los medios materiales puestos a su disposición, sin intervención directa de otras estructuras de organización del empresario, permanecen en esencia inalteradas dentro de las estructuras de organización del cesionario”. El mero cambio de los máximos responsables jerárquicos no puede de por sí menoscabar la autonomía de la entidad transmitida, a menos que los nuevos máximos superiores jerárquicos dispongan de facultades que les permitan organizar directamente la actividad de los trabajadores de la referida entidad y sustituir así a los superiores inmediatos de dichos trabajadores en la adopción de decisiones dentro de esta última.

La STSJ Madrid 1 de octubre de 2012 (R° 5123/2011) aplica expresamente la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y reconoce el mantenimiento de la autonomía, y por tanto, de la representación legal de los trabajadores en un caso de

fusión de empresas (rechazando la trascendencia de datos formales referidos a la creación de un único centro de trabajo, única cuenta de cotización...) ¹⁴⁵.

Clarificadas las exigencias que deben cumplirse para que el centro de trabajo o empresa transmitida conserve su autonomía y, por tanto, los representantes permanezcan en el ejercicio de sus funciones, queda por plantearse qué ocurre cuando la entidad transmitida pierde su autonomía. En este caso, conforme prevé el art. 44.5 ET, los representantes cesan *ex lege* en el ejercicio de sus funciones y quedan incluidos en el ámbito de representación que exista en la nueva entidad a la que han sido transmitidos. Y ello incluso aunque el centro de trabajo al que se incorporan los trabajadores afectados carezca de órganos de representación ¹⁴⁶. Ello salvo que la nueva titular empresarial permita el mantenimiento de la representación legal de los trabajadores, en cuyo caso no puede ir luego contra sus propios actos ¹⁴⁷. Si el mandato de los representantes de los trabajadores afectados por un traspaso expirare como consecuencia de ese traspaso, los representantes continuarán beneficiándose de las medidas de protección previstas por las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, o por la práctica de los Estados miembros (art. 6.2 Directiva 2001/23) ¹⁴⁸. Conservan el derecho de opción en caso de despido improcedente (STSJ Castilla y León, 1 de diciembre de 2010, R° 142/2010). Si la entidad transmitida no conserva su autonomía, se adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los trabajadores traspasados que estuvieran representados antes del traspaso se hallen debidamente representados, de conformidad con la legislación o prácticas nacionales vigentes, durante el período necesario para la constitución de una nueva formación o designación de la representación de los trabajadores (art. 6.1 Directiva 2001/23).

Finalmente, la negociación colectiva también ha sido un mecanismo a través del cual se ha tratado de disciplinar los supuestos de transmisión empresarial. Es usual que los agentes sociales hayan recurrido a esta vía especialmente en los sectores en los que es tradicional el cambio de adjudicatario en la prestación de servicios ¹⁴⁹. La incorporación de cláusulas, que puedan imponer el reconocimiento de la condición

¹⁴⁵ Sin embargo, en ocasiones la doctrina de suplicación ha sido más restrictiva. Así, la STSJ Andalucía 27 de septiembre de 2012 (R° 1620/2012): no se conserva la autonomía cuando se produce una absorción empresarial y la entidad pasa a formar con la absorbente una sola unidad productiva. Por su parte, la STSJ Castilla y León 24 de febrero de 2006 (R° 178/2006): no se conserva la autonomía en un caso de fusión de empresas que determina la existencia de una única empresa dedicada a la misma actividad, que opera en un solo centro de trabajo y con la misma dirección. Finalmente, la STSJ Castilla y León 15 de julio de 2003 (R° 730/2003): en un caso de transmisión de contratos por entender que la empresa adjudicataria ya tiene su propio Comité de Empresa de modo que se produciría una doble representación (en el mismo sentido, apelando a la doble representación, STSJ Canarias 28 de enero de 2011, R° 1701/2010).

¹⁴⁶ STSJ Madrid, 30 de junio de 2008, R° 2284/2008.

¹⁴⁷ STSJ Murcia, 23 de julio de 2002, R° 574/2002.

¹⁴⁸ Así también defendido por SALCEDO BELTRÁN, M^a Carmen, “Sucesión empresarial...”, *op. cit.*, p. 292.

¹⁴⁹ SALCEDO BELTRÁN, M^a Carmen, “Sucesión empresarial...”, *op. cit.*, p. 298.

de representante de los trabajadores de la plantilla a la nueva contrata que sucede a la anterior, suele hacerse en convenios sectoriales de ámbito nacional porque los convenios colectivos ni pueden contener cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son parte en la negociación ni, en su contenido normativo, establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación¹⁵⁰

d. La representación de los trabajadores en las empresas descentralizadas: el grupo de empresas

El capitalismo financiero ha propiciado que las empresas, en su búsqueda de reducción de riesgos, racionalización de la producción y de la distribución¹⁵¹, disocien su forma jurídica de la forma en la que organizan su actividad. Ello ha provocado que la empresa moderna haya evolucionado y tienda a organizarse en grupos, en los que una sociedad ejerce el control sobre otra u otras. En este sentido, se ha proclamado que el grupo es una “*federación de cuasi-empresas*” que expresa la multifuncionalidad y descentralización operativa característica de la producción contemporánea¹⁵². En realidad, el grupo empresarial es la otra cara de la descentralización productiva, que en su otra vertiente promueve la subcontratación¹⁵³.

El máximo exponente de esta progresiva complejidad quizá sea el grupo que supera la frontera del Estado Nación porque, cuando el grupo desborda los límites territoriales nacionales, este fracciona su producción entre diversos Estados, sometiendo con ello a distintas legislaciones nacionales a cada una de las empresas que se sitúen en distintos Estados¹⁵⁴. Tendremos la ocasión de volver sobre los grupos transnacionales más adelante.

¹⁵⁰ FJ 5º STS 28 de octubre de 1996 (Rº 566/1996). En el mismo sentido, el TS ha declarado que cuando la empresa principal, un casino, decide asumir las labores de limpieza que venía asumiendo una contrata, esta no quedará vinculada por el convenio colectivo provincial que le venía siendo de aplicación a la contrata al quedar fuera de su ámbito de aplicación (FJ 3º STS 15 de diciembre de 1997, Rº184/1997) o que la obligación de subrogación prevista en el convenio colectivo de aplicación se mantiene incluso en el supuesto de que la empresa saliente estuviese catalogada como centro especial de empleo y la nueva contrata no (STS de 10 de febrero de 2014, Rº 93/2013).

¹⁵¹ BUENO CAMPOS, Eduardo *et al.*, *Economía de la empresa...*, *op. cit.*, p. 705 y 712.

¹⁵² La definición pertenece a BUENO CAMPOS, Eduardo *et al.*, *Economía de la empresa...*, *op. cit.*, p. 708.

¹⁵³ Mientras que la subcontratación lleva a acabo una descentralización vertical, los grupos lo hacen de forma horizontal, *vid.* FERNÁNDEZ DOCAMPO, Beatriz, “La participación...”, *op. cit.*, p. 509.

¹⁵⁴ El sometimiento a distintos ordenamientos provoca que sea necesario determinar la competencia de nuestros tribunales en caso de conflicto en un grupo de empresas internacional. En este sentido, serán competentes los tribunales para conocer de los mismos en función del artículo 25.1 LOPJ en conexión con el art. 124 LRJS, que reconoce la competencia de nuestros tribunales cuando el despido se haya promovido en nuestro país y siempre que haya un elemento de conexión con nuestro país, *vid.* PRECIADO DOMÈNECH, Carlos Hugo, *Los grupos de empresas...*, *op. cit.*, p. 70.

El grupo de empresas no es formalmente el empleador en los términos que hemos definido¹⁵⁵. Sin embargo, el grupo sí es una unidad de decisión o lo que es lo mismo una empresa¹⁵⁶. Por tanto, no hay identidad entre la entidad económica, el grupo de empresas, y los titulares jurídicos de esa entidad económica, las diferentes sociedades con personalidad jurídica propia que forman el grupo¹⁵⁷. Esta segregación entre realidad jurídica y económica, diferencia los grupos de empresas de otras figuras empresariales complejas como las uniones temporales de empresas o las comunidades de bienes¹⁵⁸.

Sin embargo, los Estados han tendido a ignorar la problemática de estas estructuras y han sido reacios a incorporar soluciones en sus legislaciones. No obstante, son meritorios los casos de los legisladores que sí han optado por regular el conflicto que puede surgir dentro del grupo. Normalmente han preferido delimitar qué es el grupo de empresa y señalar los requisitos para que pueda extenderse la responsabilidad entre las empresa del grupo¹⁵⁹. La Ley de sociedades alemana, de 1965, es el primer texto legal que trata de dar una respuesta normativa a la realidad económica de los grupos de sociedades¹⁶⁰. El modelo alemán se decantó por aplicar la regulación del grupo de empresas a los grupos que se comporten como tal, en lugar de exigir requisitos formales adicionales¹⁶¹. El problema de esta regulación es que desconoce uno de los conflictos más notables en el desarrollo de los grupos de empresas: su propia constitución¹⁶².

También es posible encontrar otro tipo de previsiones, como la contemplada por la legislación italiana sobre movilidad geográfica, que expresamente contempla la validez de aquellos desplazamientos desarrollados dentro del grupo empresarial por

¹⁵⁵ Al respecto, se ha señalado por la doctrina que el grupo de empresas en principio es una fórmula de organización típicamente mercantil en la que no es posible imputar responsabilidades entre las sociedades del grupo. Al respecto *vid.* HERRERA DUQUE, M^a Jesús, *Los grupos de empresas...*, *op. cit.*, p. 19.

¹⁵⁶ Empresa en términos económicos, BUENO CAMPOS, Eduardo *et al.*, *Economía de la empresa...*, *op. cit.*, p. 709.

¹⁵⁷ En similares términos *vid.* EMBID IRUJO, José Miguel, “Notas sobre los grupos de sociedades...”, *op. cit.*, p. 129.

¹⁵⁸ PRECIADO DOMÈNECH, Carlos Hugo, *Los grupos de empresas...*, *op. cit.*, p. 22.

¹⁵⁹ Es el caso, por ejemplo, de Brasil, Argentina o Venezuela *vid.* HERRERA DUQUE, M^a Jesús, *Los grupos de empresas...*, *op. cit.*, p. 23.

¹⁶⁰ Interesantes también son la Ley de sociedades anónimas de Brasil, de 15 de diciembre de 1976 y el código de sociedades mercantiles de Portugal, de 2 de septiembre de 1986. *Vid.* EMBID IRUJO, José Miguel, “Notas sobre los grupos de sociedades...”, *op. cit.*, p. 132.

¹⁶¹ Modelo alternativo al alemán habría sido exigir que el grupo suscribiera un “contrato de dominación” para poder inferir de ello la aplicación de la legislación relativa a los grupos de empresas. De este modelo alternativo se ha señalado que sería más respetuoso con la voluntad del grupo, en la medida en que solo se constituiría como tal si así lo desea expresamente. *Vid.* EMBID IRUJO, José Miguel, “Notas sobre los grupos de sociedades...”, *op. cit.*, p. 133 y ss..

¹⁶² EMBID IRUJO, José Miguel, “Notas sobre los grupos de sociedades...”, *op. cit.*, p. 135.

motivos formativos sin modificar la imputación de la titularidad de la relación laboral¹⁶³. En similares términos a la regulación italiana, en España la circulación del trabajador dentro del grupo mercantil no supone, en principio, tampoco un supuesto de cesión ilegal de trabajadores¹⁶⁴, es la llamada misión en grupo¹⁶⁵.

El ordenamiento jurídico español con carácter general ha ignorado durante mucho tiempo las necesidades regulatorias de los grupos de empresas desde la perspectiva laboral, volveremos más adelante sobre el tratamiento legal del grupo de empresas. En su lugar tuvo que ser la jurisprudencia y la doctrina las que se encargaran de solucionar los numerosos problemas que estas estructuras empresariales generan en su actuación.

En la jurisprudencia española, tras una primera etapa en la que se consideró que la existencia de un grupo de sociedades siempre era irrelevante desde la perspectiva del Derecho del Trabajo¹⁶⁶, ha sido clásica la diferenciación entre el grupo de empresas a efectos laborales y a efectos mercantiles, como realidades diferentes¹⁶⁷. El cisma entre el grupo a efectos laborales y a efectos mercantiles venía motivado porque, con frecuencia, el grupo empresarial ha sido percibido como un mecanismo para evitar la normativa laboral y la tutela de los derechos de los trabajadores¹⁶⁸.

El grupo a efectos mercantiles o grupos de sociedades, en la terminología habitual en el derecho mercantil, era una estructura legítima con base en la libertad de empresa para organizar la actividad productiva¹⁶⁹. El grupo a efectos laborales, por el

¹⁶³ SANTOS FERNÁNDEZ, María Dolores, “Virtualidad identificadora...”, *op. cit.*, p. 181.

¹⁶⁴ “La [circulación dentro del grupo] responde a razones técnicas y organizativas derivadas de la división de trabajo en las empresas del grupo en una práctica que ha de considerarse, en principio, lícita siempre que se establezcan las necesarias garantías para el trabajador, aplicando, en su caso, por analogía las que contempla el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores” STS de 26 de noviembre de 1990 (RJ 1990/8605), STS de 30 de junio de 1993 (RJ 1993/4939), STS de 26 de enero de 1998 (RJ 1998/1062), STS de 21 de diciembre de 2000 (RJ 2001/1870), STS de 26 de septiembre de 2001 (RJ 2002/1270), STS de 23 de enero de 2002 (RJ 2002/2695) y STS de 14 de febrero de 2011 (RJ 2011/2734).

¹⁶⁵ En la práctica pueden diferenciarse tres posibles escenarios: cesión legal en grupo mercantil; cesión ilegal en grupo mercantil con conversión en grupo laboral; y cesión ilegal en grupo mercantil, pero sin ser laboral (aunque es el supuesto más atípico como ejemplo se cita el caso de una sociedad que se subroga en la posición de otra sociedad del grupo en el contrato de trabajo con un trabajador, sin que haya transmisión de unidad autónoma), al respecto *vid.* PRECIADO DOMÈNECH, Carlos Hugo, *Los grupos de empresas...*, *op. cit.*, p. 19-21. Sobre la movilidad intragrupo *vid.* también ESTEVE SEGARRA, M^a Amparo, *Grupo de sociedades y contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 147-149.

¹⁶⁶ STS de 5 de enero de 1968 y de 19 de mayo de 1969.

¹⁶⁷ La jurisprudencia sobre el grupo de empresas a efectos laborales y mercantiles parte de la STS de 3 de mayo de 1990 (RJ 1990/3946), seguida por las STS de 29 de mayo de 1995 (RJ 1995/4454), STS de 26 de diciembre de 2001 (RJ 2002/5292), STS 3 de noviembre de 2005 (RJ 2006/1244), o la más reciente STS de 23 de octubre de 2012 (RJ 2012/10711).

¹⁶⁸ LAGUNA HOLZWARTH, Enrique, “El empresario aparente...”, *op. cit.*, p. 208.

¹⁶⁹ GIRGADO PERANDONES, Pablo, “La situación legislativa de los grupos...”, *op. cit.*, p. 384.

contrario, suponía un uso fraudulento de esa estructura legítima¹⁷⁰. En otras palabras, el grupo a efectos laborales constituía la excepción respecto de los grupos legítimos, una estructura en la que su configuración jurídica era un evidente *ropaje jurídico*¹⁷¹, para simular estructuras independientes cuando en realidad estas no existían en la realidad.

Las diferencias entre los grupos legítimos o a efectos mercantiles y los ilegítimos o a efectos laborales permitía también categorizarlos como grupos fisiológicos o patológicos¹⁷², respectivamente. En cualquier caso, sean los grupos patológicos o fisiológicos, estos generaban una distorsión entre la realidad económica y la realidad jurídica. Económicamente era posible identificar una unidad, mientras que jurídicamente las distintas empresas gozaban de personalidad jurídica independiente¹⁷³.

Más allá de las distinciones terminológicas, los grupos mercantiles eran conjuntos de entidades sometidas a una dirección unitaria y con una estructura económica conjunta¹⁷⁴. Por su parte, la identificación de una serie de indicios específicos o adicionales permitía el reconocimiento de la existencia del grupo a efectos laborales¹⁷⁵. Así, la jurisprudencia valoraba: el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo¹⁷⁶; la prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo¹⁷⁷; la creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales¹⁷⁸; y la confusión de plantillas, confusión de patrimonios,

¹⁷⁰ JIMÉNEZ ROJAS, Francisco, *La relación individual de trabajo...*, op. cit., p. 184.

¹⁷¹ La expresión es de CAMPS RUIZ, Luis Miguel, “La responsabilidad empresarial...”, op. cit., p. 17.

¹⁷² Al respecto, vid. PRECIADO DOMÈNECH, Carlos Hugo, *Los grupos de empresas...*, op. cit., p. 27. Así se ha llegado a señalar que la diferencia entre los grupos fisiológicos y los patológicos se encuentra básicamente en la intencionalidad pretendida al ser creados o acaso en su comportamiento posterior sobrevenido por las circunstancias, JIMÉNEZ ROJAS, Francisco, *La relación individual de trabajo...*, op. cit., p. 185.

¹⁷³ CAMPS RUIZ, Luis Miguel, “La responsabilidad empresarial...”, op. cit., p. 10.

¹⁷⁴ En este sentido vid. HERRERA DUQUE, M^a Jesús, *Los grupos de empresas...*, op. cit., p. 13-19.

¹⁷⁵ Al respecto, la jurisprudencia del TS señalaba que “no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales” STS de 30 de enero y de 9 de mayo de 1990 (RJ 1990/233 y 1990/3983, respectivamente) y de 30 de junio de 1993 (RJ 1993/4939). Además, “la dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad. Ese dato será determinante de la existencia del grupo empresarial. No de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas. Como dicho queda, para lograr tal efecto, hace falta un plus, un elemento adicional” STS de 26 de enero de 1998 (RJ 1998/1062).

¹⁷⁶ STS de 6 de mayo de 1981 (RJ 1981/2103) y de 8 de octubre de 1987 (RJ 1987/6973).

¹⁷⁷ STS de 4 de marzo de 1985 (RJ 1985/1270) y de 7 de diciembre de 1987 (RJ 1987/8851).

¹⁷⁸ STS de 11 de diciembre de 1985 (RJ 1985/6094), de 3 de marzo de 1987 (RJ 1987/1321), de 8 de junio de 1988 (RJ 1988/5256) y de 12 de julio de 1988 (RJ 1988/5802).

apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección¹⁷⁹. La presencia de alguno o todos los elementos anteriores permitía a los tribunales deducir la existencia de una organización fraudulenta que pretendía ocultar la existencia de una sola empresa bajo la apariencia legítima de un grupo empresarial.

No obstante, parte de la doctrina ha venido entendiendo que los conceptos de grupo se referían sustancialmente a la misma realidad¹⁸⁰. Es decir, el grupo era un conjunto de sociedades independientes jurídicamente, pero sometidas a una misma dirección¹⁸¹, en los que se produce una separación entre la realidad económica y la realidad jurídica¹⁸².

El éxito de la anterior posición doctrinal ha quedado en evidencia tras la corrección de la jurisprudencia del Tribunal Supremo acometida por la sentencia de 27 de mayo de 2013 (R° 78/2012, RJ 2013/7656), seguida por las STS de 19 de diciembre de 2013 (R° 37/2013) o la STS 11 de febrero de 2015 (R° 95/2014). No obstante, el replanteamiento parece más estético que real¹⁸³.

La jurisprudencia matizada del Tribunal Supremo asevera que la definición de grupo debe ser única para las distintas ramas del ordenamiento jurídico, aunque en sus diversos ámbitos –mercantil, fiscal, laboral– pueden producirse singulares consecuencias que están determinadas por diversas circunstancias añadidas. Concretamente, en el campo del Derecho del Trabajo es posible sostener una responsabilidad solidaria de las empresas integrantes del “grupo” cuando en el mismo concurren los factores adicionales. En este sentido, podríamos decir que el grupo mercantil es el género del que el laboral es la especie¹⁸⁴.

Los elementos adicionales que determinan la responsabilidad de las diversas empresa del grupo, tras el tamiz efectuado por la corrección de la jurisprudencia, serían: el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, manifestado en la prestación indistinta de trabajo, simultánea o sucesivamente, en favor de varias de las empresas del grupo; la confusión patrimonial; la unidad de caja;

¹⁷⁹ STS de 19 de noviembre de 1990 (RJ 1990/8583) y de 30 de junio de 1993 (RJ 1993/4939).

¹⁸⁰ MOLINER TAMBORERO, Gonzalo, “La problemática procesal...”, *op. cit.*, p. 76; EMBID IRUJO, José Miguel, *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*, Comares, Granada, 2003, pp. 4, 26, 41 y ss.

¹⁸¹ En este sentido se ha señalado como más correcto referirse a los grupos de empresas como empresas con estructura de grupo. *vid.* MOLINA NAVARRETE, Cristóbal y OLARTE, Sofía, “Los grupos de empresas: ¿definitivamente una unidad de negocio de ámbito empresarial y no supraempresarial?”, en *Actualidad Laboral*, núm. 3, 1993, pp. 773 y ss.

¹⁸² LAGUNA HOLZWARTH, Enrique, “El empresario aparente...”, *op. cit.*, p. 208.

¹⁸³ Se ha afirmado que “el replanteamiento no altera los pilares sustanciales sobre los que se ha venido edificando [...] la teoría laboral de los grupos, que contrapone los mercantiles a los laborales”, GOERLICH PESET, José María, “Los grupos de sociedades...”, *op. cit.*, p. 25.

¹⁸⁴ PRECIADO DOMÈNECH, Carlos Hugo, *Los grupos de empresas...*, *op. cit.*, p. 14.

la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de la empresa “aparente”; y el uso abusivo –anormal– de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores¹⁸⁵.

Los legisladores se han negado hasta fechas recientes a reconocer a los grupos de empresas la categoría de sujeto en el derecho del trabajo¹⁸⁶. La disociación entre la realidad económica y la realidad jurídica provoca evidentes inconvenientes para los sujetos que tienen al grupo de empresas como interlocutor sin poder exigir de él su responsabilidad derivada de sus actos. Los legisladores nacionales han tratado de solventarlas arbitrando medidas protectoras para esos terceros sujetos que resulten perjudicados cuando el grupo actúe primando sus intereses por encima de los intereses de las sociedades del grupo¹⁸⁷.

En la legislación española también es posible hallar diversas previsiones que abordan una regulación parcial de los grupos empresariales¹⁸⁸. En primer lugar, desde la Ley 35/2010, en la concatenación de contratos temporales se tendrán en cuenta los contratos temporales celebrados dentro del mismo grupo empresarial. En segundo lugar, ya hemos tenido la oportunidad de avanzar que la regulación de la movilidad funcional ha sido interpretada para dar cabida a la, en principio, misión en grupo.

Dentro ya del derecho colectivo del trabajo, es posible mencionar el artículo 21.1 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención¹⁸⁹, el cual permite la constitución de los servicios de prevención en el ámbito de los grupos empresariales¹⁹⁰; o la prioridad aplicativa de los convenios de grupo prevista en el artículo 84.2 ET, tras la Ley 3/2012.

¹⁸⁵ FJ 9º STS de 27 de mayo de 2013 (Rº 78/2012). Las consecuencias de la reformulación de los elementos adicionales es más visual que real, así resulta del análisis GOERLICH PESET, José María, “Los grupos de sociedades...”, *op. cit.*, pp.25-29.

¹⁸⁶ La actitud del legislador ha cambiado tras la aprobación de diversas normas que contienen referencias a los grupos de empresas, como por ejemplo: el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral o la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral o el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

¹⁸⁷ En este sentido, son destacables medidas como: en el caso de los socios minoritarios: se establece la opción, una vez constituido el grupo, de permanecer en la sociedad o de abandonarla recibiendo una indemnización; en el caso de acreedores: las opciones van desde la asunción de responsabilidades por parte de la empresa principal por las pérdidas de la sociedad secundaria, como en el derecho alemán, la responsabilidad subsidiaria de la empresa principal respecto de la secundaria o una mezcla de ambas, como en el caso portugués; en caso de los trabajadores: se trata de mantener en vigor el contrato de trabajo y el convenio colectivo aplicable. *Vid.* EMBID IRUJO, José Miguel, “Notas sobre los grupos de sociedades...”, *op. cit.*, pp. 131-132.

¹⁸⁸ Sobre la progresiva incorporación de referencias a los grupos de empresas en la legislación española *vid.* JIMÉNEZ ROJAS, Francisco, *La relación individual de trabajo...*, *op. cit.*, pp. 188-205; FALGUERA BARÓ, Miguel Ángel, *La externalización y sus límites...*, *op. cit.*, p. 34.

¹⁸⁹ BOE núm. 27, de 31 de enero de 1997.

¹⁹⁰ *Vid.* GOERLICH PESET, José María, “Los grupos de sociedades...”, *op. cit.*, pp. 42-43.

Por otra parte, la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, es una de las regulaciones de mayor trascendencia incorporando específicamente una definición de grupo de empresas y una regulación al efecto¹⁹¹, se analizará con detenimiento en próximos capítulos. No obstante, puede señalarse ahora que mientras que los procesos de información y consulta de dimensión comunitaria deberán ser abordados dentro del grupo empresarial, en aplicación de esta normativa, no ocurrirá lo mismo paradójicamente en aquellos asuntos que sean exclusivamente nacionales¹⁹². Por tanto, pese a los evidentes avances en la materia es necesario que la legislación laboral siga transitando hacia un el reconocimiento de la relevancia de la figura del grupo empresarial en las relaciones laborales.

Mención aparte merece uno de los grandes cambios legislativos introducidos en nuestro ordenamiento, que, tras haber sido reclamado insistentemente por la doctrina¹⁹³, viene a reconocer al grupo como espacio legitimado para desarrollar una negociación colectiva. El Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, estableció finalmente que podrán desarrollarse negociaciones a nivel de grupo. Aunque ciertamente la jurisprudencia y la doctrina ya habían reconocido la capacidad de los sujetos negociadores de alcanzar convenios colectivos fuera de los límites del sector y de la empresa, reconociendo en concreto la posibilidad de que varias empresas se unieran para alcanzar una norma que las vinculara a todas, el denominado convenio plural de empresas¹⁹⁴. Ejemplo de este tipo de convenio es el habitual convenio colectivo que

¹⁹¹ La Ley 10/1997 permitió trasponer a nuestro ordenamiento el contenido de las Directivas 94/45/CE y 2008/38/CE, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, a cuyo análisis pormenorizado dedicaremos el siguiente capítulo.

¹⁹² FALGUERA BARÓ, Miguel Ángel, *La externalización y sus límites...*, *op. cit.*, p. 34.

¹⁹³ CRUZ VILLALÓN, Jesús, “La representación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 57. Sobre los convenios atípicos o multiempresa.

¹⁹⁴ En un primer momento se sugirió que los grupos podían hacer uso del comité intercentros previsto en el artículo 63.3 ET. Esta opción quedó pronto descartada al evidenciarse que el comité previsto en el Estatuto de los trabajadores era un comité de empresa y no de ámbito superior. En el mismo sentido *vid.* HERRERA DUQUE, M^a Jesús, *Los grupos de empresas...*, *op. cit.*, p. 67; GORELLI, Juan y GÓMEZ, Rafael, “Grupos de empresas...”, *op. cit.*, p. 382. Aunque también dejando constancia de los problemas jurídicos que planteaba la articulación de un comité intercentros, se sugirió la viabilidad del comité intercentros si sus competencias no entraban en conflicto con las competencias de los comités de empresa o de centro de trabajo, *vid.* SALA FRANCO, Tomás, “Las relaciones colectivas...”, *op. cit.*, p. 45. La construcción de la representación de los trabajadores en el grupo de empresas se cimentó entonces sobre la constitución de comités de ámbito superior al empresarial. Ello era posible en virtud del artículo 61 ET que preveía que la representación sería la prevista en el ET sin perjuicio de otras formas. Ese fue el argumento esgrimido por varias empresas en nuestro país para constituir sus propios comités de empresa de grupo. Por tanto, la única solución era que las direcciones de las empresas y los representantes de los trabajadores acuerden la constitución de un órgano de representación de carácter supraempresarial. Sobre el convenio plural *vid.* GARCÍA QUIÑONES, Juan Carlos, “La representación sindical...”, *op. cit.*, pp. 141-142. Más extensamente, NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena, “Partes negociadoras de los convenios colectivos estatutarios atípicos: grupos de empresa, redes

vincula a varias universidades. Estos convenios no son sectoriales pues su ámbito objetivo suele estar limitado a las universidades firmantes y, obviamente, tampoco son convenios de empresa pues vincula a varias universidades¹⁹⁵.

No obstante, el derecho del trabajo clásico es claramente insuficiente para disciplinar las relaciones laborales en las complicadas estructuras organizativas típicas de los grupos de empresas. Sin ánimo de ser exhaustivos, los grupos empresariales plantean problemas específicos, por ejemplo, en el ámbito de los despidos colectivos, donde, en principio, la autonomía de las empresas del grupo impide agrupar a los trabajadores de las diferentes empresas que lo conforman para delimitar cuándo nos encontramos ante un despido colectivo, salvo que el grupo despliegue efectos en el ámbito laboral¹⁹⁶.

El desarrollo del periodo de consultas es igualmente equívoco en los grupos empresariales. La personalidad jurídica diferenciada de cada sociedad del grupo exige que las negociaciones se desplieguen en cada una de ellas. Aún cuando la dirección empresarial y los representantes de los trabajadores acuerden desarrollar las negociaciones en la matriz, pues ella es la que en última instancia decidirá sobre el proceso extintivo, la legislación impide reconocer los acuerdos allí adoptados. Por ello, en caso de que meritoriamente se haya acordado un proceso a nivel de grupo, la única solución sería trasladar dichos pactos a procedimientos de despidos colectivos en cada una de las sociedades¹⁹⁷. No obstante, cuando el grupo despliegue sus efectos en el orden laboral sí se deberá entablar un único proceso negociador que afecte al conjunto del grupo como verdadero empleador.

También se plantean problemas relacionados con los procesos judiciales, en los que la existencia de un grupo empresarial dificulta la reclamación de derechos por parte de los trabajadores al tener que demandar, en principio, al conjunto de las empresas del grupo. Solo cuando la responsabilidad sea solidaria entre las empresas del grupo se podrá evitar recurrir al litisconsorcio pasivo de las mismas¹⁹⁸.

Finalmente, puede añadirse un último bloque de dificultades relacionadas con la organización empresarial a través de grupos referidas a las relaciones laborales

intersectoriales, empresas de trabajo temporal y franjas de trabajadores”, en VALDÉS DAL.RÉ, Fernando (Dir.), *Manual Jurídico de Negociación Colectiva*, La Ley, Las Rozas, 2008, pp. 308-310.

¹⁹⁵ STS de 20 de octubre de 1997 (R° 2717/1995) estima que la universidad de La Coruña no está obligada a continuar siendo parte de la con las otras dos universidades gallegas –Universidad de Compostela y Universidad de Vigo– pues el convenio que unía a las tres instituciones no era ni un convenio de empresa ni de sector. Por tanto, las universidades participantes del convenio denunciado no estaban vinculadas por el deber de negociar previsto en el art. 89.1 ET.

¹⁹⁶ Al respecto, *vid.* STS de 16 de junio de 2015 (R° 283/2014); GOERLICH PESET, José María, “Los grupos de sociedades...”, *op. cit.*, p. 37. Asimismo, *Ibidem*, p. 53.

¹⁹⁷ En este sentido, *vid.* PRECIADO DOMÈNECH, Carlos Hugo, *Los grupos de empresas...*, *op. cit.*, p. 53.

¹⁹⁸ MOLINER TAMBORERO, Gonzalo, “La problemática procesal...”, *op. cit.*, p. 89.

colectivas en la empresa. Los grupos dificultan sobremanera la delimitación de la representación de los trabajadores en la empresa¹⁹⁹, pues mientras que los representantes de los trabajadores tenderán a reivindicar la constitución de los órganos de representación de manera conjunta en la totalidad del grupo, la dirección principal del grupo estará interesada en que la representación de los trabajadores se articule de forma independiente en cada una de las empresas²⁰⁰. Articular la representación de los trabajadores como si las empresas no estuvieran vinculadas de ningún modo sitúa a los representantes de los trabajadores en una posición de debilidad respecto de la dirección principal, pues estos no tendrán una información completa y coherente de toda la organización empresarial. Además, dificultará que los representantes puedan desplegar una estrategia colectiva global de defensa de los derechos de los trabajadores en todo el grupo. Sin embargo, ni el legislador ni la negociación colectiva han facilitado ningún remedio a la ausencia de cauces para representar a los trabajadores en el grupo. La única excepción, ya mencionada, es la constituida por la Ley 10/1997, sobre el comité de empresa en los grupos y empresas de dimensión comunitaria. Lo que paradójicamente ha provocado que existan más comités de grupo de dimensión transnacional que nacional²⁰¹.

III. EL EMPRESARIO COMPLEJO

Los problemas que plantea la articulación de la representación de los trabajadores en las figuras intermedias enunciadas hasta ahora, no son los únicos a los que debe enfrentarse la organización de la empresa contemporánea. El aumento de la esperanza de vida, la incorporación de la mujer al mundo laboral y el incremento de la renta han permitido que el sector servicios gane peso en detrimento del sector industrial²⁰². Convirtiéndose, el primero, en el sector más importante y dinámico de los Estados desarrollados²⁰³. El cambio no es baladí.

¹⁹⁹ Muestra de la dificultad que añade al tráfico jurídico la presencia de un grupo empresarial cabe citar como ejemplo el conflicto surgido en una empresa unitaria que modificó su estructura y se convirtió en un grupo empresarial. En la nueva estructura no tenía cabida el nombramiento de delegado sindical, ello a pesar de los precedentes en la antigua estructura. Así el se ha señalado que “aunque el citado grupo traiga causa de la escisión de una realidad productiva única, lo cierto es que su ulterior desmembración en sociedades dotadas de personalidad jurídica propia, impide atribuir al conjunto resultante una condición empresarial unitaria” FJ 4º STS de 16 de septiembre de 2010 (Rº 31/2009).

²⁰⁰ SALA FRANCO, Tomás, “Descentralización laboral...”, *op. cit.*, p. 132.

²⁰¹ CRUZ VILLALÓN, Jesús, “La representación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 60.

²⁰² PUEBLA PINILLA, Ana de la, *La empresa como objeto ...*, *op. cit.*, p. 49. En similares términos, PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, “La responsabilidad del...”, *op. cit.*, p. 223.

²⁰³ PUEBLA PINILLA, Ana de la, *La empresa como objeto ...*, *op. cit.*, p. 50; LUCAS MARÍN, Antonio, “La expansión del sector servicios en la nueva sociedad de la información” en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 21, 1996, pp. 143-151.

Las empresas de servicios también plantean problemas a la hora de determinar la representación de los trabajadores. Estas se caracterizan por necesitar una menor inversión en capital. En este contexto, las sociedades ya no se valoran por cuánto generan o por el número de bienes que pueden producir, sino que su atractivo depende de las ideas, los métodos de negocios y las fórmulas de organizarse que sean capaces de poner en marcha. Es la consecuencia lógica de la producción de bienes intangibles que no necesitan ser almacenados ni fabricados en costosas líneas de producción.

Por ello, las empresas recurren cada vez con mayor frecuencia a la descentralización de parte del proceso productivo para maximizar sus beneficios. Las empresas a las que se encomienda la gestión de parte de la producción, por su especialización, pueden realizar dichas tareas de una forma más eficiente que si la empresa principal las prestara de forma directa y aumentar la competitividad a medio y largo plazo²⁰⁴. Pero desde el punto de vista de la representación de los trabajadores también aquí se plantean problemas de articulación.

Hasta ahora hemos abordado el análisis de figuras empresariales que convivían con fórmulas tradicionales de organizar la actividad productiva. Sin embargo, con base en los grupos de empresas, cada vez es más habitual que las empresas se doten de estructuras muy complejas, influenciadas por múltiples factores y alejadas del concepto tradicional de empresa que inspira el artículo 1.2 ET. Como veremos, en realidad los grupos de empresas son solo una de las posibles fórmulas complejas de organizarse de las que disponen las empresas

1. El uso intensivo de los grupos y del outsourcing en el cambio de modelo organizativo: las redes empresariales

Uno de los instrumentos empleados por las empresas para adaptar sus necesidades estructurales al mercado es el outsourcing²⁰⁵. El outsourcing sirve para identificar dos procesos diferentes²⁰⁶. En sentido estricto, se refiere a la técnica que externaliza las actividades antes desarrolladas directamente por la empresa principal en otras

²⁰⁴ ALCALÁ DÍAZ, María Ángeles, “Técnicas jurídico-contractuales ...”, *op. cit.* p. 111.

²⁰⁵ La primera experiencia de outsourcing tal y como es entendido en la actualidad se desarrolló por la empresa Kodak en los años 90. La dirección de la empresa se percató que el área de sistemas de información tenía un presupuesto de 250 millones de dólares, de los que 90 correspondían a gastos de capital. Ante dicha contingencia y decidió externalizar esos servicios para ser más eficiente en el núcleo de su actividad, la venta de productos fotográficos. Además, debe tenerse en cuenta que la empresa no tenía pérdidas. Solo buscaba ser más eficiente. Para más detalles de esta primera experiencia *vid.* PASTOR QUINTANA, Pablo, “Recursos humanos, «outsourcing» internacional y las nuevas formas de gestión del trabajo”, en REY GUANTER, Salvador del (Dir.), *Multinacionales y globalización de los recursos humanos*, La Ley, Madrid, 2013, p. 202.

²⁰⁶ En este sentido *vid.* ALCALÁ DÍAZ, María Ángeles, “Técnicas jurídico-contractuales ...”, *op. cit.* p. 97. Además de los dos significados generales descritos, se puede diferenciar entre distintos tipos de outsourcing en función del grado de externalización, de la titularidad de la externalización, del objeto externalizado, del tiempo de implantación y, finalmente, de la relación entre los socios. Al respecto *vid.* SAIZ ÁLVAREZ, José María, *Outsourcing y creación...*, *op. cit.*, pp. 32-45

empresas²⁰⁷. Con ello se crean nuevas sociedades satélites de las grandes corporaciones²⁰⁸. Las empresas optan por este modelo para reducir sus costes, ser más eficientes y para alcanzar una flexibilidad laboral que permita a la empresa adaptarse a los cambios del mercado²⁰⁹. En un sentido más amplio, el outsourcing incluiría la prestación por una tercera empresa de cualquier servicio que requiera la empresa principal. En este último sentido el outsourcing no es más que la manera moderna de referirnos a un modelo productivo muy antiguo: el contrato de arrendamiento de obra del siglo XIX²¹⁰, que se podía suscribir con una empresa o un trabajador autónomo.

Aunque es habitual encontrar entre la doctrina referencias sobre el outsourcing en ambos sentidos, las diferencias entre ellos son substanciales. Los procesos de outsourcing en sentido estricto generan relaciones mucho más profundas y duraderas entre matriz y empresa externalizada, la empresa que asume la actividad otrora desarrollada por la principal pasa a convertirse en un socio estratégico de la principal, creándose una relación de dependencia entre ellas. Es decir, la empresa externa pasa a desarrollar parte del proceso de producción de la principal bajo las instrucciones de esta. Por el contrario, cuando el proceso de externalización es un proceso simple de subcontratación, la empresa secundaria presta sus servicios al margen de la principal²¹¹.

La principal desventaja del outsourcing es, por tanto, que, al delegar parte del proceso productivo de la principal, se deposita en la empresa secundaria un gran poder de influencia. De tal suerte que un retraso en la producción de la secundaria, puede generar serias dificultades en la principal. Para evitar dicha contingencia, las empresas principales con un posición de dominio sobre las secundarias, por ejemplo, porque su volumen de negocio sea muy superior, suelen optar por concentrar la externalización en una sola empresa secundaria pues su supremacía les permite controlar la actuación de la empresa secundaria. Cuando el poder de principal y secundaria es similar, se suele optar por diversificar la delegación en diversas

²⁰⁷ Muestra de este criterio más estricto puede encontrarse en SAIZ ÁLVAREZ, José María, *Outsourcing y creación...*, op. cit., p. 23; PUEBLA PINILLA, Ana de la, *La empresa como objeto ...*, op. cit., p. 41.

²⁰⁸ SAIZ ÁLVAREZ, José María, *Outsourcing y creación...*, op. cit., p. 20.

²⁰⁹ SAIZ ÁLVAREZ, José María, *Outsourcing y creación...*, op. cit., p. 47,50, 195.

²¹⁰ En este sentido, LOFFREDO, Antonio, "Sobre las transformaciones de la figura del empresario...", op. cit., p. 46.

²¹¹ La diferencia entre outsourcing y subcontratación es defendida y valorada en similares términos en SAIZ ÁLVAREZ, José María, *Outsourcing y creación...*, op. cit., pp. 27-28. También es habitual señalar como diferencia entre el outsourcing y la subcontratación el hecho de que el outsourcing requiere que la actividad descentralizada fuera previamente desarrollada por la empresa principal. Vid. PASTOR QUINTANA, Pablo, "Recursos humanos, «outsourcing»...", op. cit., p. 201.

sociedades secundarias para evitar una posición de dominio de la empresa secundaria sobre la principal²¹².

Además de por el éxito de los procesos de outsourcing, la organización empresarial contemporánea se ve influida por el convencimiento generalizado de que una empresa de reducido tamaño afronta en mejores condiciones las crisis minimizando los riesgos derivados de las mismas, gracias a sus estructuras más pequeñas y ágiles que les permiten una mayor capacidad de adaptación²¹³. Ello ha provocado que las empresas se sumerjan en un proceso continuo e imparable de fragmentación²¹⁴, en el que se sustituye la gran empresa industrial por empresas independientes y autónomas de menor dimensión²¹⁵.

No obstante, a pesar del éxito de la descentralización para disminuir el tamaño de las empresas y hacerlas más flexibles, este proceso no deja de proyectar también dificultades para encarar proyectos en un contexto económico muy competitivo²¹⁶. La reducción del tamaño de las empresas perjudica su capacidad de encarar proyectos de grandes dimensiones, que suelen requieran un elevado número de trabajadores o que necesitan cierta complejidad organizativa. Además, el derecho del trabajo, pensado para grandes corporaciones, es demasiado rígido para su aplicación a las pequeñas empresas²¹⁷.

En cualquier caso, no obstante, debe aclararse que este proceso de fragmentación empresarial, no significa que se esté regresando al modelo preindustrial de pequeña empresa²¹⁸ si no que se está desarrollando un nuevo estándar de “grandes-pequeñas

²¹² SAIZ ÁLVAREZ, José María, *Outsourcing y creación...*, op. cit., p. 63.

²¹³ MOLERO MARAÑÓN, M^a Luisa, “Sobre la inminente necesidad de revisar el concepto de empresario en su dimensión jurídico-laboral”, en Relaciones Laborales, 2001, núm. 7, p. 2; REY GUANTER, Salvador del, *La dimensión de la empresa en la reforma de la legislación laboral de 1994*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 13 y 14.

²¹⁴ Un análisis completo de los tipos contractuales usados en la descentralización puede consultarse en GARCÍA-MORENO GONZALO, José María., “Contratos entre empresas para la instrumentalización de la externalización de actividades laborales. Tipología y régimen jurídico básico” en PEDRAJAS MORENO, Abdón (Dir.), *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Lex Nova, 2002. pp. 49-103 y LARGO GIL, Rita, BUESO GUILLÉN, Pedro José y HERNÁNDEZ SÁINZ, Esther, “La moderna instrumentalización contractual de la externalización de actividades empresariales” en RIVERO LAMAS, Juan, *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales: “El outsourcing”*, Aranzadi, 2003, pp. 317-384.

²¹⁵ PUEBLA PINILLA, Ana de la, *La empresa como objeto ...*, op. cit., p. 31.

²¹⁶ CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Los cambios en la organización de la empresa...”, op. cit., p. 45. ha señalado que las pequeñas empresas se adaptan con más facilidad a las exigencias de flexibilidad y cambio.

²¹⁷ Muchas de las disposiciones laborales carecen de sentido en la pequeña empresa. Por ejemplo vid. CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Los cambios en la organización de la empresa...”, op. cit., p. 46, la exigencia del encuadramiento profesional tiene sentido en grandes empresas con un alto número de trabajadores, en las pequeñas empresas se suele imponer los pactos, explícitos o tácitos, de polivalencia funcional.

²¹⁸ CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Los cambios en la organización de la empresa...”, op. cit., p. 46.

empresas”²¹⁹. Ya que las empresas, de forma paralela al proceso descentralizador, han potenciado las relaciones y acuerdos con otras empresas²²⁰. Por tanto, el resultado es que junto al fenómeno de la atomización empresarial podemos encontrar un nuevo modo de relacionarse entre las corporaciones, se ha pasado de la “división de tareas en el seno de la empresa a la división del trabajo entre empresas”²²¹.

La consolidación de los procesos de descentralización y de coordinación intraempresariales, junto con el declive de la empresa tradicional, han provocado un cambio notable en la forma en la que se organizan las empresas. El empresario que surge tras este proceso es un empresario complejo²²², más flexible²²³. Que desarrolla su actividad de una forma concentrada, pero no centralizada²²⁴.

La variedad y la distinta intensidad que pueden tener los acuerdos a través de los cuales se articula este empresario complejo —consorcios, joint ventures, concesiones de licencia de tecnología, acuerdos de desarrollo o marketing, grupos de empresas, entre otros— han difuminado los límites empresariales²²⁵. Ello ha provocado que el papel del empleador real sea de difícil localización, hemos pasado de tener un poder claro por parte de un único empleador a tener un poder dividido entre varios sujetos, con una mayor o menor importancia en la toma de decisiones clave en la relación laboral²²⁶.

En este nuevo contexto organizativo de la actividad productiva las redes de empresas son el elemento esencial del que están hechas las nuevas organizaciones²²⁷. Se pueden identificar básicamente dos tipos: la empresa en red o empresa por dominación y la

²¹⁹ En expresión de PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, “La responsabilidad del...”, *op. cit.*, p. 224.

²²⁰ PUEBLA PINILLA, Ana de la, *La empresa como objeto ...*, *op. cit.*, p. 32. En similares términos, se ha señalado que las empresas han dejado de ordenarse por contigüidad para organizarse por conexión. Es decir, las sociedades han pasado a desarrollar su proceso productivo de forma coordinada con otras empresas con las que tienen una conexión, sea esta telemática o física, *vid.* LOFFREDO, Antonio, “Sobre las transformaciones de la figura del empresario...”, *op. cit.*, p. 27.

²²¹ PUEBLA PINILLA, Ana de la, *La empresa como objeto ...*, *op. cit.*, p. 33. Este proceso también ha sido descrito como la formación de plioplios en sentido positivo, cuando la empresa se divide para externalizar sus servicios; y en sentido negativo, cuando la empresa para reducir riesgos y ser más competitiva forma grupos empresariales mediante fusiones, adquisiciones. *Vid.* SAIZ ÁLVAREZ, José María, *Outsourcing y creación...*, *op. cit.*, p. 181.º

²²² BAYLOS GRAU, Antonio, “Prestación de trabajo ...” *op. cit.*, p. 74.

²²³ La flexibilidad es uno de los elementos que permiten diferenciar entre el nuevo empresario postfordista de reducido tamaño al igual que los empresarios previos al fordismo, *vid.* DESDENTADO DAROCA, Elena, “La responsabilidad del empresario...”, *op. cit.*, p. 186.

²²⁴ DESDENTADO DAROCA, Elena, “La responsabilidad del empresario...”, *op. cit.*, p. 187.

²²⁵ FERNÁNDEZ DE ARRÓYABE, Juan Carlos y ARRANZ PEÑA, Nieves, “Las redes de cooperación empresarial: ¿una organización para el próximo milenio?” en *Dirección y organización: Revista de dirección, organización y administración de empresas*, núm. 21, 1999, p. 15.

²²⁶ En este sentido *vid.*, PUEBLA PINILLA, Ana de la, *La empresa como objeto ...*, *op. cit.*, p. 34.

²²⁷ CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Los cambios en la organización de la empresa...”, *op. cit.*, p. 37.

red de empresas o empresa por coordinación²²⁸. En las empresas por dominación la matriz o sociedad principal mantiene el control efectivo sobre las demás, ya sea a través de vínculos societarios o contractuales. Por otra parte, las empresas por coordinación serían aquellas redes en las que las empresas se relacionan entre iguales²²⁹. La elección de una u otra estructura, empresa por dominación o por coordinación, dependerá de múltiples factores, tales como: la estrategia de cada empresa, su sector de pertenencia, la necesidad de llegar a acuerdos en destino, etc.

El criterio que aquí defendemos no pretende olvidar la importancia de los vínculos societarios y contractuales. Pero tampoco infravalorar las relaciones de dependencia de hecho que se generan entre las empresas. Quizás un esquema centrado menos en las relaciones jurídicas y más en las relaciones fácticas sea más efectivo²³⁰. Por ello, apostamos por prestar más atención a las relaciones de dependencia entre las empresas²³¹, independientemente de que esta dependencia sea causa de un vínculo societario, contractual o económico²³².

Una de las principales ventajas de la organización en red, por dominación o coordinación, respecto de la organización más clásica descentralizada es que a través de la red la sociedad principal continúa teniendo una gran capacidad de decisión e

²²⁸ La terminología adoptada está claramente influenciada por la doctrina mercantilista, que diferencia entre grupos por subordinación o verticales (empresas en red) y grupos por coordinación o horizontales (redes de empresas). Al respecto, EMBID IRUJO, José Miguel, “Notas sobre los grupos de sociedades...”, *op. cit.*, p. 128; EMBID IRUJO, José Miguel, “Los grupos de sociedades...”, *op. cit.*, p. 165; JIMÉNEZ ROJAS, Francisco, *La relación individual de trabajo...*, *op. cit.*, p. 162, 172.

²²⁹ En este sentido, se ha diferenciando también entre grupos de empresas, empresas vinculadas por relaciones societarias y financieras; empresas en red o *networked-firm*, red burocrática de relaciones asimétricas en las que una empresa cede a otras parte de su actividad productiva; y, finalmente, redes de empresas o *network of firms*, conjunto de empresas relacionadas de forma simétrica y paritaria caracterizada por la colaboración mutua, *vid.* ORLANDINI, Giovanni, “Las transformaciones de la empresa...”, *op. cit.*, p. 271. Otros autores se han ocupado de categorizar también las redes empresariales. Algunos lo han hecho fijándose en los vínculos societarios que unía a las empresas que forman parte de la red y así en diferenciado entre las redes que los tenían, redes intraempresariales, de las que no los tenían, redes interempresariales PUEBLA PINILLA, Ana de la, *La empresa como objeto ...*, *op. cit.*, p. 34; Es lo que otros autores han denominado modelo federal de organización, modelo trébol FERNÁNDEZ DE ARRÓYABE, Juan Carlos y ARRANZ PEÑA, Nieves, “Las redes de cooperación empresarial...”, *op. cit.*, p. 15. Otros autores han puesto el acento en el tipo de relaciones que se generan entre las empresas. Así han diferenciado entre las redes horizontales, cuando las empresas se relacionan entre empresas iguales, y redes verticales o piramidales, cuando una empresa traslada a otra u otras auxiliares parte de su producción. ALCALÁ DÍAZ, María Ángeles, “Técnicas jurídico-contractuales ...”, *op. cit.* p. 105.

²³⁰ *Vid.* LOFFREDO, Antonio, “Sobre las transformaciones de la figura del empresario...”, *op. cit.*, p. 39. Señalando la necesidad de centrarse más en la realidad de hecho que en la realidad de derecho para proteger adecuadamente los derechos e intereses de los trabajadores.

²³¹ Aunque nos referimos a empresas es una realidad que la descentralización ha generado un aumento del trabajo autónomo e incluso una sustitución de trabajo por cuenta ajena por trabajo autónomo entre las mismas partes. *Vid.* CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Los cambios en la organización de la empresa...”, *op. cit.*, pp. 52 y ss.

²³² Por el contrario algunos autores han optado por diferenciar primero según la existencia o no de vínculo societario, grupos de empresas y redes, y después en función del grado de dependencia, empresas en red o redes de empresas *vid.* ORLANDINI, Giovanni, “Las transformaciones de la empresa...”, *op. cit.*, p. 271 y ss.

influencia sobre todo el proceso productivo. Sin embargo, en caso de optar por la subcontratación, la empresa principal pierde el control sobre la actividad descentralizada, siendo mucho más limitada su capacidad de influencia sobre las decisiones laborales de sus subcontratados y debiendo acarrear con la incertidumbre sobre cómo afrontará y responderá el empresario subcontratado²³³.

Los problemas derivados de las redes empresariales en buena parte son los mismos, si se quiere más complejos, que los identificados para los supuestos de cesión de trabajadores. Tradicionalmente la cesión de mano de obra a estado prohibida porque se entendía que dañaba los intereses de los trabajadores al separar la figura del empresario y del empleador²³⁴. Ello sin duda dificultaba la asignación de responsabilidades y la correcta defensa de los intereses de los trabajadores.

Además de los problemas en las relaciones individuales de trabajo, la externalización, cuyo máximo exponente es la red empresarial, plantea problemas en las relaciones colectivas. El fraccionamiento de la actividad productiva provoca la reducción del número de trabajadores por empresa y consecuentemente la reducción del número de representantes de los trabajadores y del poder sindical, al no poder alcanzarse los umbrales para designar a estos representantes o se haga en un número inferior al que resultaría si se tuviera en cuenta el conjunto de trabajadores empleados por la red empresarial²³⁵. Aunque pueda parecer un efecto secundario, su importancia entre las motivaciones empresariales a la hora de externalizar su actividad no debe ser infravalorada²³⁶.

Otro problema derivado de la evolución de las necesidades de las empresas y la creciente demanda y competitividad del mercado que han legitimado relaciones laborales complejas es la pérdida de autonomía por parte de los empleadores. Estos muchas veces se ven sometidos a contratos mercantiles con otras empresas que limitan sobremanera su capacidad de toma de decisiones. Cada vez es más común que un contrato mercantil entre empresas se transforme en la causa de los contratos laborales y que la suerte de los trabajadores no dependa de las decisiones de su empleador sino de otro del que no dependen jurídicamente²³⁷.

Los problemas expuestos sucintamente hacen que debamos reflexionar si no sería mejor considerar siempre que el empresario es la red y no las empresas que la forman,

²³³ Vid. LOFFREDO, Antonio, “Sobre las transformaciones de la figura del empresario...”, *op. cit.*, p. 40; ALCALÁ DÍAZ, María Ángeles, “Técnicas jurídico-contractuales ...”, *op. cit.* p. 113.

²³⁴ LOFFREDO, Antonio, “Sobre las transformaciones de la figura del empresario...”, *op. cit.*, p. 29.

²³⁵ Al respecto, *vid.* SALA FRANCO, Tomás, “Descentralización laboral...”, *op. cit.*, p. 132, 139.

²³⁶ La búsqueda de este objetivo es destacado por LOFFREDO, Antonio, “Sobre las transformaciones de la figura del empresario...”, *op. cit.*, p. 26.

²³⁷ LOFFREDO, Antonio, “Sobre las transformaciones de la figura del empresario...”, *op. cit.*, p. 39.

al menos en las empresas por dominación, en los cuales es fácil deducir que tras ellas existe una verdadera organización empresarial de carácter unitario²³⁸. Ello sin infravalorar que la red se articula sobre la libertad de empresa porque es precisamente la libertad de empresa la que permite concluir que detrás de los vínculos de la red por dominación se esconde una única realidad empresarial.

2. La empresa en red o empresa por dominación

La empresa en red o empresa por dominación es una estructura jerárquica de sociedades que forman parte de un proceso productivo común, en el cual una compañía, la empresa principal, ejerce su dominio sobre las demás, empresas secundarias. El efecto perverso de esa dependencia de las empresas secundaria respecto de la empresa principal, es que termina generando también una dependencia de los trabajadores de la empresa secundaria respecto de la empresa principal²³⁹.

El elemento nuclear de las sociedades por dominación es, por tanto, el control centralizado en la sociedad principal²⁴⁰. En función de cómo se ejerza ese control es

²³⁸ GOERLICH PESET, José María, “Los grupos de sociedades...”, *op. cit.*, p. 46. Así, por ejemplo, se ha propuesto un sistema que aglutine los intereses colectivos de todos los trabajadores de las empresas franquiciadas frente a la matriz, pues en este caso, la duración prolongada en el tiempo permitiría articular colectivamente los derechos de los trabajadores, al contrario que en las contratas, donde la temporalidad de las mismas no favorecería la creación de un órgano de representación que supere la unidad clásica de representación, *vid.* MARTÍNEZ BARROSO, M^a de los Reyes, “Nuevos modelos de participación exigidos por la nueva organización del trabajo: representación en las empresas interdependientes y en el trabajo autónomo” en AA.VV., *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007, Madrid, pp. 768-769.

²³⁹ Esta dependencia es todavía mayor cuanto menor es el tamaño de la empresa secundaria. Hasta tal punto que se ha llegado a hablar de “ajenidad de mercado” para hacer patente la sumisión de las pequeñas empresas respecto de la matriz, CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Los cambios en la organización de la empresa...”, *op. cit.*, p. 46. Frente al peligro de la creación de un poder directivo singular de la empresa principal sobre los trabajadores de la empresa secundaria, la doctrina laboralista española ha optado por defender la aplicación del artículo 42 ET. No obstante, dicho precepto es insuficiente para proteger adecuadamente al trabajador en los supuestos complejos de descentralización, *vid.* ALCALÁ DÍAZ, María Ángeles, “Técnicas jurídico-contractuales ...”, *op. cit.* pp. 153-159.

²⁴⁰ El artículo 42.1 del Código de Comercio (Real Decreto de 22 de agosto de 1885) hace depender la existencia de un grupo empresarial de la existencia de un elemento clave: la dirección económica unificada, es decir, la “unidad de decisión”, *vid.* GIRGADO PERANDONES, Pablo, “La situación legislativa de los grupos...”, *op. cit.*, p. 383. El art. 42.1 Código Comercio señala que: “[...]Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones: a) Posea la mayoría de los derechos de voto; b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración; c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto; d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado”.

posible diferenciar entre un dominio interno o externo²⁴¹. Será interno, cuando uno o varios órganos de una sociedad secundaria son dominados por la empresa principal, y externo cuando la sociedad secundaria en su conjunto está sometida a la principal.

También es posible distinguir entre las sociedades por dominación según el medio a través del cual se ejerza el control –interno o externo– sobre las sociedades secundarias. Así, puede distinguirse entre redes por dominación participadas, en las que el control se ejerce a través del capital social²⁴², o redes no participadas, en las que el control deriva de vínculos contractuales o de relaciones de poder informales. No obstante, en ambos supuestos nos encontramos ante una empresa por dominación. La única diferencia entre ambas realidades, por tanto, será la derivada de la mayor dificultad a la hora de probar la subordinación de las compañías secundarias en aquellas redes de vinculación no societaria, como más adelante pondremos de manifiesto.

En cuanto a las sociedades participadas, aquellas en las que la sociedad principal ostenta una posición decisiva en el capital social de las empresas secundarias, es habitual identificar a este tipo de redes con lo que en sentido estricto suele denominarse grupo de empresas por la doctrina laboralista²⁴³. La máxima expresión

²⁴¹ GIRGADO PERANDONES, Pablo, *La empresa de grupo...*, *op. cit.*, p. 187. Otros criterios sobre el control en las empresas por dominación podrían ser: el que diferencia en función de la forma en la que se ejerce el dominio (grupos por dominación en forma radial, una o varias empresas dominan a las empresas secundarias, o piramidal, en los cuales una empresa controla completamente a una empresa que a su vez domina a otra), o en la fórmula a través de la cual se crea ese dominio (centrípeto, el dominio se crea mediante absorciones, fusiones y concentraciones, o centrífugo, el dominio se desarrolla creando filiales, sucursales y sociedades participadas), estas diferencias, aunque centradas en las relaciones societarias participadas, son analizadas en JIMÉNEZ ROJAS, Francisco, *La relación individual de trabajo...*, *op. cit.*, p. 169. Asimismo, es también habitual diferenciar entre las sociedades por dominación en función del origen del control accionarial de la sociedad principal sobre las secundarias. En este sentido, podemos distinguir entre dominio originario o adquirido. El dominio originario es obtenido al promocionar la empresa matriz directamente la constitución de una empresa secundaria, reservándose el control total o parcial sobre la misma. Por otra parte, el control adquirido es articulado a través de diferentes fórmulas en función del tipo de societario de la empresa secundaria. Los métodos más habituales son: la compra progresiva de acciones, el aumento de capital o la oferta pública de acciones, EMBID IRUJO, José Miguel, “Notas sobre los grupos de sociedades...”, *op. cit.*, p.127.

²⁴² Esta categoría de grupos jerárquicos también han sido denominados grupos fácticos y han sido considerados como el paradigma de articulación de los grupos por dominación, GIRGADO PERANDONES, Pablo, *La empresa de grupo...*, *op. cit.*, p. 181.

²⁴³ El concepto de grupo de empresas es un concepto abstracto que puede referirse a varios tipos de relaciones entre empresas. Dos teorías pueden ser identificadas: aquellos que optan por un concepto más restrictivo, usan el término grupo de empresas para referirse en exclusiva a las empresas vinculadas a través de su capital social; otros autores se decantan por un concepto más amplio, influenciado probablemente teorías económicas y mercantilistas, que engloba las relaciones entre empresas participadas, pero también todas aquellas relaciones contractuales e incluso informales en las que una empresa domina a otras. Entre los autores que se decantan por un concepto de grupo en sentido estricto cabe citar: PUEBLA PINILLA, Ana de la, *La empresa como objeto...*, *op. cit.*, p. 34. Entre los partidarios de un concepto más amplio: PRECIADO DOMÈNECH, Carlos Hugo, *Los grupos de empresas...*, *op. cit.*, p. 10. De hecho, parte de la doctrina laboralista ha definido las redes empresariales restringiendo su campo de actuación a las redes por coordinación en oposición a los grupos de empresa, que aquí incluimos como parte de los grupos por dominación, *vid.* GARCÍA QUIÑONES, Juan

de este tipo de red es el del holding empresarial²⁴⁴. En este caso la empresa matriz tiene una participación significativa en el capital social de las filiales, lo que le permite controlar completamente la actividad de estas²⁴⁵.

Lo más usual es que el nacimiento de un holding o de cualquier otro tipo de red por dominación venga derivado del fraccionamiento de una empresa originaria²⁴⁶. En estos casos, al final del proceso la actividad de la empresa originaria matriz queda dividida en múltiples empresas con autonomía y personalidad jurídica propia. En teoría el fraccionamiento de la sociedad matriz provoca la independencia de las empresas resultantes, sin embargo, en muchas ocasiones pervivirán vínculos de estas sociedades con la matriz a través de la participación de la empresa principal en el capital social de las compañías resultantes de la escisión²⁴⁷. Importantes empresas con presencia en nuestro país han recurrido en diferentes momentos a este procedimiento, como, por ejemplo, Acerinox, Gas Natural o Arcelor Mittal²⁴⁸.

Carlos, “La representación sindical...”, *op. cit.*, p. 130; OJEDA AVILÉS, Antonio, “Aspectos laborales de las redes de empresas”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 125, 2005, p. 797.

²⁴⁴ “El holding representa el paradigma del centralismo jerarquizado”, *vid.* JIMÉNEZ ROJAS, Francisco, *La relación individual de trabajo...*, *op. cit.*, p. 168. El trust es otra de figura que también podrían ser catalogadas como muy relevantes dentro de las redes por dominación, sin embargo choca a menudo con las leyes antimonopolio y de defensa de la competencia. El primer trust fue creado por Standard Oil Trust, fundada en 1882. En 1890 la Ley Sherman declaró ilegales a los trusts en los Estados Unidos. El paso previo a la aparición del trust es la colaboración entre varias empresas que se unen con el fin de obtener determinados beneficios económicos mediante esa colaboración. Esta cooperación entre las empresas firmantes no tienen un efecto vinculante, por lo que conferiría cierta inestabilidad. Para dar mayor fuerza a esos acuerdos no vinculantes se crea el trust. El término *trust* define la situación en que varias empresas que intervienen en distintas fases del mismo proceso productivo se unen formando una sola empresa. Es una concentración vertical para reducir costes de producción SAIZ ÁLVAREZ, José María, *Outsourcing y creación...*, *op. cit.*, p. 53. Cuando la concentración se produce horizontalmente se crea un cártel. BUENO CAMPOS, Eduardo *et al.*, *Economía de la empresa...*, *op. cit.*, p. 175. Los trust tienden a controlar un sector económico y ejercer en lo posible el poder del monopolio BUENO CAMPOS, Eduardo *et al.*, *Economía de la empresa...*, *op. cit.*, p. 715.

²⁴⁵ El holding descrito, en el que se limita considerablemente la autonomía de decisión de las filiales, es en realidad solo es uno de los posibles tipos de holdings empresariales. Además del holding ejecutivo al que nos hemos referido, también podríamos encontrar holdings financieros, en los que la sociedad matriz se limita a recoger y administrar una cartera de participaciones. Independientemente de que la matriz controle o coordine a sus filiales, el dominio podrá ser directo, indirecto, recíproco o en cascada, en función de si la participación accionarial está en posesión directa de la matriz, de otras sociedades interpuestas o de si las filiales tienen algún tipo de participación en la matriz. Al respecto, *vid.* BUENO CAMPOS, Eduardo *et al.*, *Economía de la empresa...*, *op. cit.*, pp. 171-721; SAIZ ÁLVAREZ, José María, *Outsourcing y creación...*, *op. cit.*, p. 53.

²⁴⁶ PUEBLA PINILLA, Ana de la, *La empresa como objeto ...*, *op. cit.*, p. 35.

²⁴⁷ LOFFREDO, Antonio, “Sobre las transformaciones de la figura del empresario...”, *op. cit.*, p. 27.

²⁴⁸ Acerinox, decidió segregar su negocio industrial en una nueva sociedad anónima, Acerinox Europa, participada completamente por la matriz, para reorganizar su actividad productiva y su organigrama a nivel mundial, permitiendo que la matriz quede como una sociedad holding, especializada en tareas de coordinación y control (Hecho Relevante número 145545, comunicado a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en adelante CNMV, el 10 de junio de 2011; y Hecho Relevante número 150694, comunicado a la CNMV el 29 de septiembre de 2011). Por su parte, Gas Natural decidió segregar en una filial su negocio de generación de electricidad con carbón, gas, fueloil y de origen hidráulico. La finalidad de la segregación era la de agrupar cada línea de negocio del Grupo bajo una entidad independiente con el fin de realizar una gestión de riesgos, comercial y económico-financiera individualizada y especializada para cada área de negocio (según consta en el propio Hecho Relevante número 199325 comunicado a la CNMV el 31 de enero de 2014). Estrategia distinta

Aunque en ocasiones las escisiones de sociedades se interpretan como acontecimientos traumáticos y negativos, en realidad el proceso de escisión es la cara inversa de los procesos habituales de fusiones de empresas. Mientras que el resultado de los procesos de fusión es la extinción de la personalidad jurídica de la empresa absorbida, en las escisiones el resultado es la creación de una nueva personalidad jurídica con la actividad segregada de la empresa principal. En consecuencia, no deben ser considerados procesos negativos para la actividad empresarial, sino como procesos normales a través de los cuales las empresas se adaptan a la realidad cambiante en la que operan²⁴⁹.

La delimitación del control societario requiere de algunas precisiones adicionales. No basta con que una sociedad tenga participaciones en el capital social de otra²⁵⁰. Dicha eventualidad no supone automáticamente que nos encontremos ante una empresa en red. Si la sociedad participante detenta acciones o participaciones de la empresa secundaria, pero la empresa participada desarrolla su actividad en su propio interés y al margen de los objetivos y directrices de la empresa principal no estaremos ante una empresa en red sino solo ante una inversión de la principal²⁵¹.

Excluida la automaticidad en la calificación de empresa en red a las empresas participadas, debe buscarse un criterio que nos ayude a determinar cuándo una empresa ejerce el control sobre otra. En este sentido, únicamente estaremos ante una empresa por dominación cuando la empresa principal disponga de su participación en el capital social de la secundaria para lograr unos objetivos marcados desde la empresa principal²⁵². Dicho de otra forma, lo relevante para identificar a la empresa en red es si las inversiones financieras se realizan a largo plazo con la intención de controlar a la sociedad participada²⁵³. Por tanto, la tipificación de empresa a un

emprendió Arcelor Mittal con la segregación parcial de su negocio de acero inoxidable en una sociedad de nueva creación, Aperam. En este caso la nueva sociedad no quedaba bajo el control societario de la matriz, sino que los accionistas de Arcelor recibirían acciones de la nueva sociedad en proporción a las acciones que tuvieran de la matriz (Hecho Relevante número 137006, comunicado a la CNMV el 25 de enero de 2011).

²⁴⁹ Las fusiones y escisiones son el instrumento jurídico que usan las empresas para responder a esa doble dinámica a la que están sujetas, ya mencionada con anterioridad: descentralizar y concentrar su actividad productiva, en este sentido, *vid.* PUEBLA PINILLA, Ana de la, *La empresa como objeto ...*, *op. cit.*, p. 35.

²⁵⁰ La participación en el capital social dependerá de la forma jurídica de la sociedad en la que se participa. Si es una sociedad anónima, el capital social estará dividido en acciones, si es una sociedad limitada, el capital social estará dividido en participaciones.

²⁵¹ El inversor no pretende más que ser eso, un inversor, no controlar la producción de la empresa en la que ha invertido su capital, *vid.* GIRGADO PERANDONES, Pablo, *La empresa de grupo ...*, *op. cit.*, p. 215.

²⁵² Tan relevante aclaración es compartida por el grupo de sociedades, término con el que la disciplina mercantil se refiere a los grupos de empresas. Al respecto *vid.* EMBID IRUJO, José Miguel, “Notas sobre los grupos de sociedades...”, *op. cit.*, p. 127.

²⁵³ Nos encontramos ante inversiones financieras cuando una empresa adquiere títulos de participación, derechos financieros, sobre otras empresas. Las inversiones a largo plazo buscan el control de la sociedad en la que se invierte. Por el contrario, las inversiones a corto plazo son especulativas, buscan una renta derivada de esa participación, *vid.* BUENO CAMPOS, Eduardo *et al.*, *Economía de la empresa ...*, *op. cit.*, p. 289.

conjunto de empresas participadas dependerá, en este sentido, de la existencia de una dirección unitaria²⁵⁴.

La existencia de una dirección unitaria requiere de la concurrencia de dos elementos esenciales: el poder y la organización²⁵⁵. En primer lugar, el poder puede identificarse con el control, al que ya hemos tenido la oportunidad de referirnos, es decir, la capacidad de incidir y condicionar las decisiones de las empresas secundarias. En segundo lugar, el factor organizativo implica que ese control se ejerce de manera efectiva y que la empresa principal establece los objetivos prioritarios del grupo, que superan a los individuales de cada sociedad. La dirección unitaria supone la pérdida de la independencia económica de la empresa.

No es necesario que la dirección unitaria de la red se extienda sobre todas las tareas que deban ser afrontadas por las empresas secundarias, basta con que se ejerza sobre aquellos aspectos que se consideran relevantes²⁵⁶. En este sentido, las competencias mínimas que marcan la subordinación de la empresa secundaria a la dirección de la empresa principal son las competencias en materia de personal y de financiación²⁵⁷. A partir de ese suelo mínimo competencial, cuantas más competencias agreguen a las anteriores, más centralizada será la red de empresas y, por tanto, será más descentralizada cuando menos competencias se reserve la dirección unitaria²⁵⁸.

La falta de automaticidad en la determinación de una posición de dominación de la empresa principal sobre la secundaria por la mera propiedad de su capital social, de forma total o parcial, nos aproxima a las empresas en red no participadas, el segundo conjunto de redes por dominación. Así, si lo relevante en las empresas participadas es si la principal ejerce o no el control sobre las secundarias y no la distribución del capital social, parece lógico inferir que serán también empresas por dominación aquellas que ejerzan el control sobre otras aunque no sea a través de vínculos societarios. En este sentido, puede concluirse que las empresas por dominación pueden articularse a través de una pluralidad de fórmulas: desde relaciones

²⁵⁴ Se ha señalado que el control se reduce a una facultad del sujeto dominante, la posibilidad de ejercer ese control; sin embargo la dirección unitaria pretende organizar el grupo conforme a un plan conjunto, siendo, por tanto, el elemento que nos permite vislumbrar la estructura unitaria de grupo *vid.* GIRGADO PERANDONES, Pablo, *La empresa de grupo...*, *op. cit.*, p. 189, 201. Un criterio similar es defendido, dentro de los grupos de sociedades, por EMBID IRUJO, José Miguel, “Notas sobre los grupos de sociedades...”, *op. cit.*, p. 127; JIMÉNEZ ROJAS, Francisco, *La relación individual de trabajo...*, *op. cit.*, p. 163.

²⁵⁵ GIRGADO PERANDONES, Pablo, *La empresa de grupo...*, *op. cit.*, p. 206.

²⁵⁶ GIRGADO PERANDONES, Pablo, *La empresa de grupo...*, *op. cit.*, p. 207.

²⁵⁷ EMBID IRUJO, José Miguel, “Notas sobre los grupos de sociedades...”, *op. cit.*, p. 128.

²⁵⁸ El mismo criterio puede seguirse para categorizar los grupos de empresas. En esta sentido, en nuestro país se identificaría el grupo centralizado con el grupo de empresas laboral y el grupo descentralizado con el grupo de empresas a efectos mercantiles. En este sentido *vid.* EMBID IRUJO, José Miguel, “Notas sobre los grupos de sociedades...”, *op. cit.*, p. 128. Sobre los grupos centralizados y descentralizados, *vid.* GIRGADO PERANDONES, Pablo, *La empresa de grupo...*, *op. cit.*, pp. 223-235.

institucionalizadas, hasta vínculos informales. De hecho, es habitual que la doctrina equipare, al menos en parte, estas redes por dominación con los grupos empresariales²⁵⁹. En este sentido se ha señalado que “las redes son grupos de estructura contractual, mientras que los grupos de empresas son redes de estructura societaria”²⁶⁰.

El control ajeno al capital social de la empresa secundaria puede articularse contractualmente²⁶¹, por ejemplo, a través de un contrato de subordinación²⁶², del contrato de arrendamiento de obra o servicio, mediante los que se configuran las contratas y subcontratas, o, entre otros, a través de los contratos de distribución en sentido estricto²⁶³, franquicia y concesión²⁶⁴. En cualquier caso, sea cual sea el contrato que articule la relación entre las partes, las condiciones que lo regirán no son fruto de la negociación entre las mismas, sino que son impuestas por la empresa principal²⁶⁵.

La empresa en red no participada puede incluso formarse por una vinculación más difusa e indeterminada. Estos serían los supuestos, por ejemplo, en los que el control se ejerce controlando la deuda emitida por la sociedad secundaria, lo que condiciona sus decisiones²⁶⁶, o cuando sociedades principal y secundaria posean administradores

²⁵⁹ Así, por ejemplo, las redes por dominación y coordinación han sido descritas como grupos verticales u horizontales respectivamente, JIMÉNEZ ROJAS, Francisco, *La relación individual de trabajo...*, *op. cit.*, p. 162, 172.

²⁶⁰ En similares términos se expresa PUEBLA PINILLA, Ana de la, *La empresa como objeto...*, *op. cit.*, p. 34.

²⁶¹ En sentido similar *vid.* ALCALÁ DÍAZ, María Ángeles, “Técnicas jurídico-contractuales ...”, *op. cit.* p. 108. Nótese que en nuestro ordenamiento los contratos para constituir una empresa por dominación contienen normas más allá de la dirección unitaria pues el legislador español no ha contemplado ningún contrato que vincule la dirección de una sociedad a la de otra, sobre el contrato de dominio y su posible admisibilidad *vid.* GIRGADO PERANDONES, Pablo, *La empresa de grupo...*, *op. cit.*, pp. 167-179.

²⁶² Este tipo de contrato se ha clasificado como un contrato plurilateral mediante el cual se establece una relación de subordinación entre las empresas del grupo estableciendo una dirección unitaria y una organización común a las sociedades de la red, GIRGADO PERANDONES, Pablo, *La empresa de grupo...*, *op. cit.*, pp. 168-169.

²⁶³ Se ha señalado que en sentido amplio los contratos de distribución serían los contratos de franquicia, concesión y agencia. *Vid.* ALCALÁ DÍAZ, María Ángeles, “Técnicas jurídico-contractuales ...”, *op. cit.* p. 131.

²⁶⁴ Los contratos de distribución se caracterizan porque el empresario principal se reserva la capacidad de impartir instrucciones sobre alguno o algunos de los aspectos de la actividad empresarial. A pesar de dichas instrucciones, los empresarios secundarios mantienen su independencia jurídica respecto del empresario principal, al respecto, *vid.* DESDENTADO DAROCA, Elena, “La responsabilidad del empresario...”, *op. cit.*, p. 192 y ss. Las diferencias entre concesión y franquicia son básicamente la mayor o menor independencia conservada por el empresario secundario, En este sentido *vid.* ALCALÁ DÍAZ, María Ángeles, “Técnicas jurídico-contractuales ...”, *op. cit.*, pp. 136-137.

²⁶⁵ ALCALÁ DÍAZ, María Ángeles, “Técnicas jurídico-contractuales ...”, *op. cit.* p. 118.

²⁶⁶ Las empresas pueden financiar sus actividades a medio y largo plazo de dos formas. Mediante la emisión de acciones o participaciones, o mediante la emisión de obligaciones. La emisión de empréstitos u obligaciones forma parte del sistema crediticio a través del cual la empresa puede obtener financiación para sus proyectos. Por la naturaleza de cada instrumento, las obligaciones tienen preferencia sobre los accionistas en cuanto a la

comunes²⁶⁷, que pueden condicionar, consciente o inconscientemente, las estrategias entre las sociedades en las que participen.

Finalmente, las empresas en red no participadas también pueden llegar a ser consideradas redes por dominación cuando tengan en otra única empresa a su principal cliente²⁶⁸, una especie de TRADE empresarial. Obviamente, las relaciones económicas entre empresas pueden terminar generando relaciones de dependencia entre sociedades que en apariencia se erigen como sociedades independientes. Así, por ejemplo, que una sociedad sea la consumidora de toda la producción de otra favorece que la empresa cliente pueda llegar a determinar los estándares de producción y las características de los productos²⁶⁹. Lo que supone la base de la relación por dominación.

No obstante, no deja de ser cierto que esta relación de dominación económica es tremendamente intangible y puede ser confundida fácilmente con una relación entre sociedades. En este sentido, podrá estimarse que sí hay una relación de dependencia económica y, por tanto, una red por dominación cuando la sociedad principal incorpore a las empresas secundarias a sus estrategias empresariales, considerando de hecho, aunque no de derecho, a estas sociedades como parte de su estructura. Así, por ejemplo, estaremos ante una empresa en red cuando la empresa principal ordene a sus empresas secundarias, sobre las que no ostenta ninguna posición jerárquica superior, las modificaciones que deben introducir en sus cadenas de fabricación para

recuperación del volumen de su inversión y al cobro de los intereses correspondientes. Estas obligaciones, además, pueden configurarse como obligaciones convertibles en acciones en las condiciones estipuladas. *Vid.* BUENO CAMPOS, Eduardo *et al.*, *Economía de la empresa...*, *op. cit.*, pp. 343 y ss. En este sentido, es plausible que una empresa que tenga gran cantidad de obligaciones sobre otra quiera interferir en su evolución a fin de garantizar su inversión. Con mayor sentido si estas obligaciones son convertibles en acciones.

²⁶⁷ Así identificado para el supuesto de los grupos de empresas en sentido amplio por PRECIADO DOMÈNECH, Carlos Hugo, *Los grupos de empresas...*, *op. cit.*, p. 10. Se ha afirmado que la presencia de una misma persona en los consejos de administración o puestos de dirección de varias sociedades –lo que se ha denominado vínculos interpersonales– implica normalmente una unidad de criterio en la toma de decisiones como consecuencia de la visión de conjunto de todas las sociedades administradas, GIRGADO PERANDONES, Pablo, *La empresa de grupo...*, *op. cit.*, p. 198.

²⁶⁸ Lo que ha sido calificado como dependencia económica-funcional, *vid.* ALCALÁ DÍAZ, María Ángeles, “Técnicas jurídico-contractuales ...”, *op. cit.* p. 120.

²⁶⁹ En este sentido, el estrechamiento de los lazos de comunicación y planificación entre empresas principales y suministradores parece quedar en evidencia ante la aparición de sistemas de organización empresarial como el just-in-time –sistema de organización de la actividad productiva surgido en Japón en los años ochenta. Se caracteriza por reducir al mínimo el stock de productos en la empresa principal. Las ventajas de este sistema es la reducción de costes y la flexibilidad, la empresa principal no tiene que acumular materia prima, sino que son los suministradores los que actúan como financiadores de la producción al tener que tener un amplio stock para poder servir a tiempo a la empresa principal. La desventaja de este sistema es que requiere de una gran coordinación para que retrasos en los proveedores no provoquen una paralización de la actividad de la principal. Además, otra desventaja es que este sistema dificulta el cambiar de proveedores. Será difícil que otro proveedor disponga del stock de producto que necesitamos-. Al respecto, CAMPBELL, Duncan, “La empresa globalizadora...”, *op. cit.*, p. 457.

satisfacer los estándares de los nuevos productos que desee producir si desean seguir siendo suministradoras de la sociedad principal.

Por tanto, parece razonable sostener también en el supuesto de las redes por dominación económica que nos encontramos de hecho ante una única unidad productiva, sobre la cual que deberían articularse en realidad determinadas instituciones del Derecho del Trabajo como, por ejemplo, los órganos de representación de los trabajadores. Lo contrario supone poner en serio riesgo la efectividad de elementos clave en las relaciones laborales.

En conclusión, el análisis para determinar si alguna sociedad está vinculada mediante una red de dominación a otras deberá hacerse caso por caso, porque la delimitación del control no solo es una cuestión objetiva, fruto de una posición de dominio en la configuración del capital social de la empresa, sino que también serán redes por dominación aquellas en las que la autoridad se ejerza por otros títulos, jurídicos o de derecho²⁷⁰.

3. La red de empresas o empresa por coordinación

Las redes de empresas, también conocidas como empresas por coordinación o de estructura paritaria²⁷¹, constituyen la segunda de las vías a través de las cuales las empresas pueden articular su actividad productiva en el contexto de descentralización imperante en nuestros días.

Este tipo de red surge de la necesidad de coordinar esfuerzos entre varias empresas para llevar adelante un proceso productivo concreto. El objetivo de estas redes es la especialización de los miembros que la componen para maximizar beneficios. De hecho, es habitual que empresas muy especializadas presten sus servicios para empresas competidoras, por ejemplo, en la fabricación de coches o de componentes electrónicos²⁷².

Al contrario que en las empresas por dominación, en este modelo de organización empresarial ninguna sociedad ejerce una posición dominante sobre las demás. Ello hace que la identificación de las redes por coordinación no sea una cuestión pacífica en la doctrina²⁷³. Esencialmente se plantean dos debates, en primer lugar, si es posible

²⁷⁰ En sentido coincidente, entre otros, *vid.* LOFFREDO, Antonio, “Sobre las transformaciones de la figura del empresario...”, *op. cit.*, p. 39; ALCALÁ DÍAZ, María Ángeles, “Técnicas jurídico-contractuales ...”, *op. cit.* p. 107.

²⁷¹ GIRGADO PERANDONES, Pablo, *La empresa de grupo...*, *op. cit.*, p. 146.

²⁷² Es un hecho notorio que empresas rivales en multitud de productos –como Apple, Samsung o Sony– recurren a los suministros fabricados por sus competidores más directos debido a la especialización en la cadena de producción de los mismos.

²⁷³ JIMÉNEZ ROJAS, Francisco, *La relación individual de trabajo...*, *op. cit.*, p. 172. Sobre el debate acerca de si los grupos por coordinación, ante la ausencia de subordinación entre las empresas del grupo, merecen ser considerados como grupos, *vid.* GIRGADO PERANDONES, Pablo, *La empresa de grupo...*, *op. cit.*, p. 147.

reconocer en esta figura los elementos característicos de la estructura de grupo y, en segundo lugar, si este modelo de empresa no tiene la autonomía suficiente como para diferenciarla de otras instituciones jurídicas con las que comparte elementos centrales.

La construcción de esta red empresarial sobre la coordinación de las unidades que la componen es también el punto más débil de estas estructuras, porque ello presenta un elevado riesgo de desobediencia por parte de las sociedades que forman la sociedad por coordinación²⁷⁴. La red de empresas continuamente se verá obligada a tratar de evitar que los miembros del grupo obstaculicen el desarrollo de los objetivos comunes, cuando perciban que estos pueden entrar en contradicción con los suyos particulares. Sin embargo, debido a la propia naturaleza de esta fórmula de organización, los objetivos comunes no podrán ser impuestos de forma coercitiva porque ninguna sociedad tiene una posición de superioridad sobre las demás.

Por consiguiente, el respeto deberá lograrse a través del consenso y de la persuasión continua entre los miembros del grupo. Esta tarea, sin duda, se podrá ver favorecida si la empresa en red está constituida sobre un contrato que establezca mecanismos de solución de discrepancias. Por el contrario, será más complicada si la relación es informal y vincula a las partes de la red desde hace poco tiempo.

La ausencia de vínculos de dominación y el riesgo de desobediencia, de ello derivado, también puede estimular a que las redes por coordinación sean más inestables que las empresas por dominación²⁷⁵. No puede dejar de reconocerse que la red de empresas por coordinación es modificada con mayor habitualidad a lo largo de su existencia que las empresas por dominación, porque los vínculos que une a estas sociedades son más sencillos de alterar.

No obstante, la mutabilidad de las empresas por coordinación también puede ser defendida como una cualidad positiva de las compañías. Estas pueden buscar fácilmente nuevas empresas que sustituyan a empresas de la red que quieran desvincularse del grupo, las nuevas sociedades podrán cumplir de forma más eficiente el proceso productivo que las primeras tenían encomendadas. Por tanto, estas tienen una mayor capacidad de adaptación a una realidad productiva cambiante.

²⁷⁴ GIRGADO PERANDONES, Pablo, *La empresa de grupo...*, *op. cit.*, p. 164. Se ha llegado a señalar que el riesgo de desobediencia es el “verdadero talón de Aquiles de los grupos por coordinación”, *vid.* JIMÉNEZ ROJAS, Francisco, *La relación individual de trabajo...*, *op. cit.*, p. 177.

²⁷⁵ Señalando el dinamismo de las redes intraempresariales como de las interempresariales *vid.* PUEBLA PINILLA, Ana de la, *La empresa como objeto ...*, *op. cit.*, p. 44. Respecto de las empresas en red, se ha señalado que las redes empresariales relacionadas mediante vínculos societarios son más estables que las vinculadas exclusivamente a través de vínculos contractuales, *vid.* Esta deslocalización interna ha sido definida como de “externalización intramuros”, *vid.* ORLANDINI, Giovanni, “Las transformaciones de la empresa...”, *op. cit.*, p. 285.

En cuanto a la identificación de la estructura de grupo en las empresas por coordinación, el factor determinante para estimar la vinculación de las partes entre sí es nuevamente la dirección unitaria²⁷⁶. Que estas organizaciones se basen en la coordinación de sus miembros no significa que no exista una dirección unitaria, que trasciende a los socios, sino que la dirección unitaria de las empresas por coordinación no viene marcada por la subordinación de unas sociedades a otra sino por el acuerdo entre iguales²⁷⁷. Así, será determinante para estimar la existencia de una red de empresas la identificación de un interés colectivo superior a la mera agregación de las estrategias individuales²⁷⁸.

Obviamente los proyectos comunes en este tipo de sociedades no pueden forjarse exclusivamente bajo la dominación de una sociedad, sino que deben ser varias empresas las que lleguen a coincidir en colectivizar sus estrategias como fórmula para maximizar sus esfuerzos y minimizar los riesgos derivadas de sus actividades. En este sentido, las sociedades que de forma más frecuente suelen alcanzar coaliciones con otras sociedades para favorecer su especialización y competitividad son las sociedades pequeñas o medianas, quizás porque son objetivos de muy difícil consecución si dichas empresas no colectivizan sus esfuerzos²⁷⁹.

El segundo de los problemas derivado de la actividad de las empresas por coordinación está relacionado con las posibles similitudes con otras instituciones jurídicas. En este sentido, la igualdad entre los sujetos que conforman una empresa por coordinación en muchas ocasiones pueden llevar nuevamente a confundir una red empresarial con una relación ordinaria entre sociedades²⁸⁰.

No obstante, una importante diferencia separa ambas realidades, las empresas por coordinación quedan vinculadas por unos objetivos comunes, mientras que las asociaciones empresariales únicamente colaboran puntualmente o a través de acuerdos de media o larga duración, pero conservan sus propias estrategias individuales. Además, otro de los indicios que permiten diferenciar entre empresa por coordinación y acuerdos normales en el tráfico jurídico entre sociedades es que dentro

²⁷⁶ El criterio de la dirección unitaria es más adecuado que el de la dependencia económica, pues permite situar la atención en el factor clave del grupo “la organización bajo criterios de unidad en la pluralidad”, *vid.* GIRGADO PERANDONES, Pablo, *La empresa de grupo...*, *op. cit.*, p. 142.

²⁷⁷ GIRGADO PERANDONES, Pablo, *La empresa de grupo...*, *op. cit.*, p. 147.

²⁷⁸ En similares términos, JIMÉNEZ ROJAS, Francisco, *La relación individual de trabajo...*, *op. cit.*, p. 174.

²⁷⁹ Lo habitual es que las empresas por coordinación estén formadas por empresas pequeñas y medianas ORLANDINI, Giovanni, “Las transformaciones de la empresa...”, *op. cit.*, p. 272. Quizá la necesidad de colectivizar las estrategias de negocio de las empresas de menores dimensiones justifique que sean habituales entre las empresas por coordinación.

²⁸⁰ EMBID IRUJO, José Miguel, “Notas sobre los grupos de sociedades...”, *op. cit.*, p. 128.

de la primera los acuerdos no se suelen suscribir según el valor normal del mercado²⁸¹. La justificación de este comportamiento radica en que las partes, además del rendimiento económico, obtienen otra serie de beneficios intangibles no cuantificables económicamente derivados de su pertenencia al grupo (publicidad, perspectiva de negocios futuros, cartera de patentes comunes, apertura de nuevos mercados, etc.).

Como en el caso de las redes por dominación, las redes por coordinación pueden articularse a través de varios mecanismos, formales o de hecho, pero siempre sin a través de liderazgos compartidos entre las distintas sociedades que componen la red.

En primer lugar, es habitual que muchas redes por coordinación recurran a uniones formales para regular su funcionamiento interno. Es decir, contemplan explícitamente las obligaciones o derechos o los mecanismos para adoptar decisiones entre los miembros del grupo. La concreción suele realizarse mediante diversos mecanismos como, por ejemplo, a través de uniones temporales de empresas que suponen la contractualización de un proyecto común²⁸², de contratos de franquicia, de factoring, de merchandising, de facilities management, de logística, de suministro de informática²⁸³, de mecanismos particulares de compra venta recíproca²⁸⁴. También es posible que las empresas que conforman la red por coordinación opten por la constitución de fundaciones, asociaciones de interés económico, cooperativas o joint ventures que den cobertura a las decisiones colectivas de la red²⁸⁵. No obstante, quizá los medios más representativos para articular una red por coordinación sean los clústeres americanos²⁸⁶, los distretti italianos, los keiretsu japoneses²⁸⁷, o las unidades

²⁸¹ No obstante, no deja de ser cierto que es ciertamente complejo asignar un valor a la contribución que cada sociedad aporta a la red coordinada, *vid.* PORTER, Michael E. Y FULLER, Mark B., “Coalitions and global strategy”, *op. cit.*, p. 328.

²⁸² Se ha afirmado, sin embargo, que las UTE no merecen la consideración de grupo de sociedades en sentido estricto pues, como toda organización, las empresas por coordinación requieren de permanencia en el tiempo. Permanencia de la carecen por definición las UTE, *vid.* GIRGADO PERANDONES, Pablo, *La empresa de grupo...*, *op. cit.*, p. 151.

²⁸³ PUEBLA PINILLA, Ana de la, *La empresa como objeto ...*, *op. cit.*, p. 42.

²⁸⁴ ALCALÁ DÍAZ, María Ángeles, “Técnicas jurídico-contractuales ...”, *op. cit.* p. 107.

²⁸⁵ GIRGADO PERANDONES, Pablo, *La empresa de grupo...*, *op. cit.*, pp. 152-159.

²⁸⁶ Es una red de empresas, ORLANDINI, Giovanni, “Las transformaciones de la empresa...”, *op. cit.*, p. 272. Se ha señalado que la constitución de clústeres, o aglomeraciones, por parte de las empresas constituye un buen mecanismo a través del cual las empresas se pueden internacionalizar a través de inversiones en el exterior o de acuerdos con empresas GUILLÉN, Mauro F. Y GARCÍA-CANAL, Esteban, *Las nuevas multinacionales...*, *op. cit.*, p. 55.

²⁸⁷ Así expresado en ORLANDINI, Giovanni, “Las transformaciones de la empresa...”, *op. cit.*, p. 272.

económica y social francesas²⁸⁸, y las agrupaciones de intereses económicos, de contratos de joint venture o de contratos de transferencia de tecnología.

Como se ve, puede haber coincidencia entre el contrato mercantil mediante el que se articula la empresa por dominación y la empresa por coordinación. La delimitación entre una y otra figura deberemos buscarla, por tanto, no en el instrumento jurídico que articule la red, sino en la mayor o menor autonomía de sus integrantes para adoptar decisiones al margen de otra sociedad. Cuando las empresas se relacionen entre iguales estaremos ante una red de empresas²⁸⁹, mientras que si el contrato sitúa a una empresa por encima de otras estaremos ante una empresa por subordinación.

En segundo lugar, además de relaciones formales, es posible inferir la existencia de empresas por coordinación de las relaciones fácticas que existan entre distintas sociedades. Como ocurría en el caso de las empresas por dominación, lo importante es la existencia de una determinada relación entre las empresas, en este caso de coordinación, siendo indiferente la manera a través de la cual esta haya sido articulada.

Sin duda, las relaciones de coordinación fácticas serán más habituales en las relaciones comerciales sostenidas a lo largo del tiempo entre compañías, en principio autónomas. El mantenimiento a lo largo del tiempo de relaciones entre sociedades favorece que germinen estrategias compartidas entre las compañías.

Obviamente las empresas por coordinación basadas en relaciones informales, en lugar de en vínculos contractuales, presentan aún más dificultades para poder delimitar esta figura respecto de relaciones ordinarias entre sociedades. Nuevamente, se deberá acudir al análisis de la verdadera relación establecida entre las partes para poder determinar si las relaciones se desarrollan entre empresas independientes o si, por ejemplo, los intercambios entre las sociedades del grupo no se realizan al valor ordinario del mercado. Las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son.

Una última consideración debe ser realizada sobre las empresas por coordinación. La participación en el capital social de una sociedad respecto de otra no excluye la posibilidad de una que entre ambas empresas exista una relación de coordinación. La coordinación no será posible solo si la participación supone una posición de control

²⁸⁸ La Unidad Económica y Social francesa (UES) es una estructura empresarial compleja de creación jurisprudencial, posteriormente incorporada a la legislación, para permitir la constitución de órganos de representación de los trabajadores en determinadas estructuras supraempresariales informales. Se caracteriza por dotar de unidad al conjunto de sociedades, jurídicamente distintas, que sin tener vínculos societarios entre ellas, sí comparten un poder de decisión económico además de una relativa complementariedad de sus actividades. Las relaciones entre las empresas de la UES, por tanto, son de coordinación en lugar de las relaciones de subordinación que se establecen en los grupos de empresas. Un estudio de esta figura puede consultarse FERREIRO REGUEIRO, Consuelo, “La unidad económica y social...”, *op. cit.*

²⁸⁹ En similares términos *vid.* LOFFREDO, Antonio, “Sobre las transformaciones de la figura del empresario...”, *op. cit.*, p. 39. Que a este tipo de redes empresariales las denomina redes horizontales.

de una de las sociedades respecto de la otra. Sin embargo, cuando no sea posible derivar una posición de dominio de la participación social, sí será posible establecer una relación de coordinación, siempre y cuando exista una relación entre las sociedades en los términos ya expresados respecto de las redes por coordinación.

Para concluir, en cualquier caso, ante las dudas que el reconocimiento de las empresas por coordinación suele plantear es conveniente que estas redes siempre se formalizaran por escrito e incluso que se elevara a escritura pública dicho acuerdo²⁹⁰. No obstante, que las sociedades opten por no documentar sus vínculos informales no hace que las empresas por coordinación dejen de existir. Su existencia solo está condicionada por la presencia de objetivos comunes desarrollados bajo una dirección unitaria.

IV. LA EMPRESA TRANSNACIONAL

1. Una realidad económica al margen del derecho

El concepto de empresa en el nivel internacional no puede ser una mera traslación de la definición elaborada para el contexto nacional. Ni siquiera en su versión más compleja; múltiples e importantes diferencias separan ambas realidades²⁹¹.

Para empezar, las empresas con presencia en varios Estados deben enfrentarse a la gestión de realidades desconocidas por las empresas únicamente nacionales. Por ejemplo, deben tener en cuenta la gestión de los expatriados, los posibles grupos mixtos entre personal de varios Estados, los reportes a superiores jerárquicos y/o funcionales de distintas nacionalidades, el respeto a la cultura empresarial local sin olvidar los valores de marca y globales que serán el límite a la flexibilidad en cada caso²⁹².

Por otra parte, aunque es cierto que la organización transnacional empresarial reproduce algunas dinámicas considerablemente extendidas en el ámbito nacional, como la descentralización productiva, en el ámbito internacional estos procesos se

²⁹⁰ GIRGADO PERANDONES, Pablo, *La empresa de grupo...*, op. cit., p. 161.

²⁹¹ Así se ha constatado que las diferencias que pueden encontrarse respecto de una empresa ordinaria son fruto del carácter multidimensional y heterogéneo de las multinacionales, DOZ, Yves y PRAHALAD, C.K., "Managing DMNCs...", op. cit., p. 24

²⁹² Al respecto, es muy interesante la lectura de la descripción de estos y otros problemas y de las necesidades y soluciones que deben afrontar las multinacionales realizadas por diversos directores de recursos humanos de reputadas compañías internacionales, en especial, Mapfre y Macdonal's en SANZ ISLA, María Elena, "La globalización de recursos humanos en el mercado latinoamericano", y UNZURRUNZAGA ITURBE, Alberto, "Regulación interna: códigos de conducta McDonald's", en REY GUANTER, Salvador del (Dir.), *Multinacionales y globalización de los recursos humanos*, La Ley, Madrid, 2013, p. 84 y 145 respectivamente. Estas condiciones en las que deben operar influyen en la organización de la que se dotan las empresas y en las estrategias elegidas por las direcciones, STOPFORD, Jhon M. Y WELLS, Loius T., *Managing the multinational...*, op. cit., p. 5.

ven envueltos en otros procesos más complejos, como la deslocalización²⁹³. Lamentablemente estos procesos en búsqueda de unos costes laborales, de un régimen fiscal o societario más ventajosos para sus intereses²⁹⁴, puede generar unas tensiones y unos costes derivados que terminen por neutralizar los beneficios del proceso de deslocalización²⁹⁵.

Además, a la hora de ofrecer una definición sobre las empresas que operan en el mercado internacional debemos tener presente el papel que estas desarrollan en las economías contemporáneas. Se ha llegado a señalar que, por sus dimensiones y presupuestos, muchas empresas transnacionales tienen un poder igual o superior a muchos Estados²⁹⁶. De hecho, su dominio es tal que pueden llegar a operar en el ordenamiento internacional en términos de igualdad, como un operador más junto a los Estados soberanos²⁹⁷.

Esa superioridad o, en el mejor de los casos, igualdad con la que desarrollan sus servicios las grandes corporaciones internacionales termina generando en ellas un sentimiento de desafección por los Estados nación, centrando su atención en el tablero

²⁹³ SAIZ ÁLVAREZ, José María, *Outsourcing y creación...*, op. cit., p. 42. En este sentido, se ha sostenido que, se ha pasado de externalizar a empresas más eficientes dentro del mismo Estado a externalizar en empresas más eficientes en Estados más eficientes, vid. PASTOR QUINTANA, Pablo, “Recursos humanos, «outsourcing»...”, op. cit., p. 202.

²⁹⁴ ORLANDINI, Giovanni, “Las transformaciones de la empresa...”.

²⁹⁵ Las prácticas de las empresas transnacionales perjudican las condiciones laborales de los Estados de envío y recepción. Sin embargo, las tensiones no se originan en las legislaciones de dichas naciones, que ven como el dumping social permite flexibilizarse y adaptarse al entorno a sus empresas o que genera riqueza en su Estado, dependiendo de si se es Estado de origen o de recepción. Las tensiones se generan por parte del consumidor final, que percibe dichas actuaciones como contrarias a su ética y, por tanto, reduce su consumo de la marca a nivel internacional. Esta circunstancia puede obligar a la marca a invertir en marketing internacional para compensar su mala imagen, inversión que a la postre podría terminar con los ventajas económicas de la deslocalización. Este efecto es descrito en SAIZ ÁLVAREZ, José María, *Outsourcing y creación...*, op. cit., p. 42 y 132.

²⁹⁶ Su irrupción en el contexto internacional supone una disminución del poder económico de los gobiernos nacionales, al dejar de ser los únicos operadores internacionales, vid. LEA, David, “Las empresas multinacionales...”, op. cit., p. 183

²⁹⁷ Sobre la relevancia de las empresas transnacionales como actores en el mercado internacional, vid. NADAL VIGNOLO, Stella Maris, *La empresa transnacional en el marco laboral*, op. cit., p. 32; DAUGAREILH, Isabelle, “Responsabilidad social...”, op. cit., p. 81.

global en el que satisfacen sus necesidades²⁹⁸. En definitiva, las empresas transnacionales pretenden o terminan siendo apátridas²⁹⁹.

Es precisamente esa operatividad al margen de las soberanías nacionales otra de las características que una correcta definición debe ponderar. Las empresas transnacionales no están sometidas a ninguna jurisdicción en particular³⁰⁰; de hecho, lo más común es que estén sometidas a varias regulaciones. En concreto, lo habitual es que cada unidad, de las que componen las empresas situadas en diferentes Estados, esté sometida a la jurisdicción del territorio en los que esté localizada.

La carencia de un ordenamiento nacional que unifique el régimen jurídico que debe disciplinar la actuación de una sociedad transnacional tampoco encuentra solución en el nivel internacional. Ni las organizaciones internacionales ni las nacionales han sido capaces de impulsar ninguna norma que regule con vocación omnicompreensiva las empresas transnacionales.

Por tanto, un análisis de las corporaciones internacionales no puede partir de ninguna norma jurídica que delimite el objeto del estudio. Esa tarea es la que pretendemos resolver en este momento, con la dificultad de intentar articular criterios sobre la base de etéreas regulaciones internacionales.

El reto, por tanto, es definir la empresa transnacional en función de sus características propias. La tarea entraña grandes dificultades porque múltiples parámetros pueden ser ponderados en la conceptualización del término³⁰¹.

²⁹⁸ La visión del mercado internacional como el mercado único en el que desarrollar sus funciones ha sido identificado por CAMPBELL, Duncan, “La empresa globalizadora...”, *op. cit.*, p. 443. En sentido contrario, con base en que las empresas multinacionales tienden a adoptar distintas características y fórmulas de organización en función de su Estado de origen, que se ha infravalorado la importancia de la nacionalidad de origen. En consecuencia no podría sostenerse que las multinacionales han trascendido y superado sus Estados de origen, *vid.* NAVARRO LÓPEZ, Vicente, “¿Están los Estados perdiendo...”, *op. cit.*, p. 14. Se ha señalado que cuando el carácter internacional de las empresas se lleva al extremo las corporaciones pueden considerarse anacionales, desnacionalizadas, supranacionales o, incluso, cosmocorporaciones en AA.VV., *Las corporaciones multinacionales...*, *op. cit.*, p. 5.

²⁹⁹ No obstante, se ha puesto de manifiesto, con acierto, que en ocasiones las empresas transnacionales se rigen más por los intereses propios del Estado en el que se encuentra su sede que por los intereses propios como mercantil. En esos supuestos, el carácter global de estas empresas queda anulado no se tiene en cuenta, *vid.* BAYLOS, GRAU, Antonio, “Un instrumento de regulación...”, *op. cit.*, p. 110.

³⁰⁰ Que la actividad de las empresas transnacionales trascienda las fronteras de los derechos nacionales no impide que éstas empresas estén constituidas al amparo de la legislación nacional de un Estado en particular. Ello no quiere decir que solo les sea de aplicación la legislación de ese Estado, pues según la actividad o el conflicto concreto se les aplicará la legislación del Estado en el que se constituyó la sociedad o la legislación del Estado donde se presten servicios. Como persona jurídica de derecho interno que es, su forma concreta dependerá de las previsiones específicas. En realidad su forma jurídica concreta no es importante siempre y cuando tengan personalidad jurídica propia y diferenciada. En el mismo sentido *vid.* MARTÍN-ORTEGA, Olga, *Empresas multinacionales y derechos humanos en derecho internacional*, *op. cit.*, p. 45.

³⁰¹ En este sentido, *vid.* PERLMUTTER, Howard V., “The tortuous evolution...”, *op. cit.*, p. 11. Ejemplos de las múltiples definiciones de empresas multinacionales que pueden realizarse en función de los distintos

La confusión es tal que la doctrina no ha llegado a un concepto común de qué es una empresa transnacional, ni siquiera hay una terminología habitual para referirse a ellas³⁰². Se habla de empresas internacionales, transnacionales, multinacionales, de dimensión comunitaria o globales. Algunas veces para referirse al mismo fenómeno y otras intentando diferenciar conceptos.

El término empresa tampoco aparece definido en las normas internacionales que abordan parcialmente su regulación. Incluso algunos instrumentos internacionales han renunciado a incorporar una para no dificultar su aplicabilidad³⁰³. Son los casos, por ejemplo, de la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social, adoptada por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo el 16 de noviembre de 1977³⁰⁴, y de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales³⁰⁵. Ciertamente es sorprendente que estos instrumentos internacionales, que contienen normas o recomendaciones para las empresas multinacionales, no contengan una definición de las mismas.

La excepción a esta ausencia de definición en el ámbito internacional la podemos encontrar en un estudio elaborado por la ONU³⁰⁶, que define la compañía multinacional como “cualquier corporación que tenga una o más sucursales o filiales extranjeras que realicen las labores de venta o producción”³⁰⁷.

De este modo, el departamento de asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas se decanta por una definición de multinacional en sentido lato muy inclusiva. La ONU comparte el cambio de criterio generalizado llevado a cabo por la doctrina, que evoluciona desde un primer intento de definición de esta figura jurídica como aquellas sociedades que tuvieran centros de producción en varios Estados³⁰⁸. Pronto

criterios que sean tenidos en cuenta y de la importancia que se les de en la definición pueden encontrarse en: AA.VV., *Las corporaciones multinacionales...*, op. cit., p. 113.

³⁰² El mismo problema también es alertado por MARTÍN-ORTEGA, Olga, Empresas multinacionales y derechos humanos en derecho internacional, op. cit., p. 43.

³⁰³ En similares términos vid. MARTÍN-ORTEGA, Olga, Empresas multinacionales y derechos humanos en derecho internacional, op. cit., p. 44.

³⁰⁴ OIT (2006) Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social - cuarta edición. http://www.ilo.org/empent/Publications/WCMS_124924/lang--es/index.htm

³⁰⁵ OCDE (2013), Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202436-es>

³⁰⁶ El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, en su resolución 1721, aprobada por unanimidad el 28 de julio de 1972, pidió al Secretario General que designase a un grupo de expertos que estudiaran la función y los efectos de las corporaciones multinacionales. El grupo de trabajo terminó alumbrando un informe que incluye una definición de las multinacionales. Puede consultarse en AA.VV., *Las corporaciones multinacionales...*, op. cit.

³⁰⁷ Cfr. AA.VV., *Las corporaciones multinacionales...*, op. cit., pp. 4 y 5.

³⁰⁸ Este concepto tan restrictivo también es denominado, con mayor acierto, como empresa productora internacional o multinacional, en oposición al concepto mucho más amplio de empresa multinacional. Este

se constataron las deficiencias de esa definición, que dejaba fuera a todas aquellas empresas del sector servicios o a aquellas empresas que produjeran sus bienes desde el país de origen para posteriormente venderlos en terceros Estados. Se optó entonces, también la ONU, por redefinir a las empresas multinacionales como aquellas empresas que controlaran activos como fábricas, oficinas de ventas o explotaciones en dos o más Estados³⁰⁹.

La nueva definición, aunque mejoraba la redacción anterior, sigue sin dar cobertura a la heterogénea realidad de las empresas transnacionales en la actualidad. Por ello, se ha propuesto definir a las corporaciones transnacionales como aquellas empresas que tienen centros en dos o más Estados, independientemente de la forma jurídica de esos centros y de la actividad que desarrollen en esos Estados; que adopten sus decisiones bajo una estrategia común en uno o varios centros de decisiones; finalmente, los centros deben estar vinculados, por propiedad o de otra forma, de tal forma que al menos uno de ellos pueda ejercer una influencia significativa sobre las actividades de los demás, en particular sobre compartir conocimiento, recursos y responsabilidad con los demás centros³¹⁰.

Bastan los ejemplos anteriores para señalar que las definiciones sobre las multinacionales han variado a lo largo del tiempo, adaptándose a los cambios que las mismas han experimentado para adecuarse a las modificaciones y evoluciones del mercado. Sin embargo, una característica primordial permanece invariable a lo largo del tiempo: la actividad de estas corporaciones fuera de las fronteras nacionales³¹¹.

No obstante, es obligado reconocer que la mera presencia en otros Estados no convierte a las empresas en actores internacionales. Además del rasgo común de la actividad en dos o más Estados, hay otros elementos que pueden ser tenidos en cuenta para diferenciar distintos tipos de empresas internacionales³¹². En primer lugar, que

último, comprendería para la ONU a las compañías matrices que controlan un grupo de corporaciones de diversas nacionalidades que se relacionan entre sí formando una única entidad empresarial. Las corporaciones que conforman cada grupo parece que tienen acceso a una misma fuente de financiación y de recursos humanos. Quedan excluidas las corporaciones meramente exportadoras, o incluso las exportadoras con filiales de ventas establecidas en el exterior o las que se limitan a conceder licencias tecnológicas, raramente presentan interés, pues sus problemas no son los mismos que las de otras empresas multinacionales. *Vid.* AA.VV., *Las corporaciones multinacionales...*, *op. cit.*, p. 113.

³⁰⁹ Narrando esta evolución *vid.* GHOSHAL, Sumatra y WESTNEY, ELEONOR D., "Introduction and overview", *op. cit.*, pp. 2 y ss.

³¹⁰ GHOSHAL, Sumatra y WESTNEY, ELEONOR D., "Introduction and overview", *op. cit.*, p. 6.

³¹¹ El nivel de internacionalización es el elemento nuclear en las definiciones de empresas internacionales, se ha llegado a poner en duda su importancia. Es probable que muchas unidades localizadas en distintos países, por ejemplo EE.UU. y Canadá o incluso Alemania, compartan más características que empresas localizadas en áreas de un mismo país, pero con particularidades muy marcadas, por ejemplo Dalas y Boston, *vid.* GHOSHAL, Sumatra y WESTNEY, ELEONOR D., "Introduction and overview", *op. cit.*, p. 8.

³¹² Se ha señalado que el nivel de internacionalización permite diferenciar entre empresas multinacionales, orientadas internacionalmente y con operaciones externas significativas –siguiendo un criterio cuantitativo en función del volumen de ventas que tengan en otros países–; o entre empresas etnocéntricas, policéntricas o

su crecimiento y solidez dependa de su presencia en esos Estados. En segundo lugar, que sus decisiones estén tomadas en función de criterios transnacionales o globales y no respondan únicamente a una estrategia nacional. La combinación de estos tres criterios permite la delimitación entre distintas fórmulas de organizar la empresa en el contexto internacional, tal y como se verá a continuación.

En el sentido anterior e intentando clarificar en qué sentido se emplea aquí los términos multinacional o transnacional, podríamos diferenciar entre: empresas con actividades internacionales, cuando sus operaciones internacionales se limitan a realizar exportaciones desde el país de origen; multinacionales, cuando las empresas tienen presencia en varios países, pero las filiales actúan casi autónomamente sin una estrategia común; globales, cuando poseen una fuerte dirección central que domina a sus filiales, organiza su producción y estrategia para operar en mercado global unitario, pero tomando cada Estado como mercados autónomos; internacionales, cuando la empresa matriz da órdenes e instrucciones que luego son adaptadas por las filiales según las condiciones en las que las empresas locales desarrollan su actividad, es decir, que las empresas matrices dominan a las secundarias, pero en un grado menor al que poseen en las empresas globales; y, finalmente, transnacionales: estructura organizativa y de toma de decisiones dispersa y especializada, este es el modelo que mejor responde a los cambios y necesidades del mercado internacional³¹³. Este último modelo, el de empresa transnacional, en realidad se construye sobre los tres modelos anteriores y pretende ser una agregado de todos sus beneficios³¹⁴. Aunque la diferenciación pueda ser útil, lo cierto es que las empresas evolucionan de una categoría a otra adaptándose al contexto internacional³¹⁵.

Por tanto, aunque los términos multinacional y transnacional son casi sinónimos y compartirán algunos problemas, parece más adecuado el uso del término transnacional para referirnos a aquellas empresas que hayan descentralizado su actividad en varios Estados³¹⁶.

geocéntricas –siguiendo un criterio más subjetivo– vid. NADAL VIGNOLO, Stella Maris, *La empresa transnacional en el marco laboral*, op. cit., p. 29.

³¹³ BARTLETT, Christopher A. Y GHOSHAL, Sumantra, *Managing across borders...*, op. cit., p. 17.

³¹⁴ En este sentido, vid. BARTLETT, Christopher A. Y GHOSHAL, Sumantra, *Managing across borders...*, op. cit., p. 25.

³¹⁵ Baste poner de ejemplo la evolución de la empresa Philips, que en un principio contaba con múltiples plantas que daban servicio a mercados locales y regionales, para volverse más eficiente hace tiempo optó por concentrar su producción en fábricas muy eficientes con las que dar servicio global. Para ver la evolución de la empresa de la estrategia de Philips con más detalle Vid. HAMILL, James, “Influencia en el empleo...”, op. cit., pp. 142-145.

³¹⁶ Al respecto, algunos autores también han señalado que el concepto de multinacional lleva implícita una equiparación entre los Estados nación y las empresa que no es deseable en un análisis jurídico, vid. NADAL VIGNOLO, Stella Maris, *La empresa transnacional en el marco laboral*, op. cit., p. 31.

Ahora bien, la aparente independencia entre las sociedades con presencia en varios Estados no debe confundirnos y hacernos dudar de que nos encontramos ante una empresa compleja. Debemos aplicar la “*teoría del control*” por encima de la independencia formal de las personas jurídicas, es lícito buscar la realidad económica que subyace bajo esa aparente independencia³¹⁷.

En ese sentido, debe hacerse un esfuerzo por clarificar la fragmentada estructura de las empresas transnacionales, cuyo perímetro cada vez está más difuminado, para conjurar la habitual tendencia de estas compañías a sustituir el derecho laboral por el derecho mercantil³¹⁸, evitando con ello los efectos perversos que esta desintegración y mercantilización genera en las relaciones laborales transnacionales y muy especialmente sobre la representación de los trabajadores.

2. Las estrategias de las empresas para internacionalizar su actividad

Numerosos estudios han intentado construir tipologías de empresas multinacionales, sobre la base de distintas variables, para intentar explicar cómo se organizan estas compañías en su expansión internacional. Probablemente la que haya adquirido una mayor influencia sea la elaborada por Bartlett y Ghoshal³¹⁹, cuya teoría distingue entre diferentes tipos de multinacionales en función de dos variables: su estrategia y su estructura³²⁰. No obstante, como casi toda construcción teórica, Bartlett y Ghoshal son deudores de los avances previos realizados por otros autores³²¹. En realidad,

³¹⁷ NADAL VIGNOLO, Stella Maris, *La empresa transnacional en el marco laboral*, op. cit., p. 37.

³¹⁸ BOIRAL, Olivier, “Certificar la buena conducta...”, op. cit., p. 359.

³¹⁹ Aunque Bartlett y Ghoshal cuentan con varios artículos y capítulos de libros previos, tanto de forma individual como colectiva, en los que van perfilando las características de su tipología, la obra de referencia es BARTLETT, Christopher A. Y GHOSHAL, Sumantra, *Managing across borders...*, op. cit. En cuanto a la importancia de esta obra, distintos autores reconocen su esencialidad, en este sentido, por ejemplo, vid. PORTUGAL FERREIRA, Manuel, “A bibliometric study...”, op. cit., p. 369 que concluye que la influencia del estudio es enorme y se aprecia un incremento continuo de sus referencias a lo largo del tiempo; HARZING, Anne-Wil, “An empirical analysis...”, op. cit., p. 102 que reconoce que la teoría de Bartlett y Ghoshal “ha sido extremadamente influyente”; o RASKOVIC, Matevz, MAKOVEC BRENCIC Maja y JAKLIC Marko, “Antecedents and evolution...”, op. cit., p. 166 que reconocen la labor de evolutiva realizada por la Bartlett y Ghoshal apoyándose en los trabajos de otros muchos autores.

³²⁰ BARTLETT, Christopher A. Y GHOSHAL, Sumantra, *Managing across borders...*, op. cit., p. 14. En este sentido, podríamos definir la estructura como el diseño a través del cual una empresa es administrada. Ese diseño tendría en cuenta quién toma las decisiones, el tipo de información que circula entre los sujetos responsables en la empresa y, finalmente, los mecanismos para procesar esa información. Por su parte, la estrategia que desarrollará una empresa en su expansión internacional estará estrechamente vinculada a la estructura de la que se haya dotado. La relación entre estructura y estrategia, en principio, existe al margen de la industria en la que se sitúe la empresa. Se han encontrado similares estrategias en empresas con estructuras parecidas en industrias diferentes. Ambas definiciones pertenecen a un estudio de referencia para Bartlett y Ghoshal, vid. STOPFORD, Jhon M. Y WELLS, Loius T., *Managing the multinational...*, op. cit., pp. 4-10; insistiendo también en la estrecha relación entre estructura y estrategia, vid. HEDLUND, Gunnar, “The Hypermodern MNC...”, op. cit., p. 20.

³²¹ “La teoría de Bartlett y Ghoshal es más evolutiva que revolucionaria”, o dicho de una forma más metafórica, “su teoría debe ser vista como la parte visible de un gran iceberg”. Ambas afirmaciones pertenecen a

salvando los matices y algunas variables propias, casi todas las aproximaciones realizadas al problema, incluida la realizada por Bartlett y Ghoshal, organizan las multinacionales en torno al mismo binomio aunque utilicen denominaciones distintas³²². Dejando para el final de este análisis la teoría de los autores citados, se pueden analizar con carácter previo otras teorías que la precedieron.

Uno de los primeros intentos de categorizar las multinacionales se apoyó en la actitud mantenida por las empresas hacia las ideas, recursos y personal extranjeros³²³. Esta variable permite diferenciar entre tres modelos³²⁴, independientes unos de otros³²⁵: empresas etnocéntricas u orientadas hacia el Estado de origen, empresas policéntricas u orientadas a los Estados de acogida y empresas geocéntricas u orientadas globalmente, incluso de estas últimas se ha derivado otro subtipo de empresa más como veremos más adelante.

Las primeras, son aquellas empresas fuertemente jerarquizadas, en las que las órdenes se transmiten verticalmente desde la empresa matriz a las empresas filiales³²⁶, sin que estas puedan adaptar las decisiones o los productos a sus mercados locales. La influencia de la matriz en este modelo es tan importante que se llega a asociar la

RASKOVIC, Matevz, MAKOVEC BRENCIC Maja y JAKLIC Marko, “Antecedents and evolution...”, *op. cit.*, p. 166.

³²² Las multinacionales se pueden categorizar usando dos variables, denominadas de distintas formas según cada autor: integración, coordinación o ventajas de la globalización versus diferenciación, adaptabilidad o localización. Ello les ha permitido diferenciar entre varios tipos de multinacionales, creando cada uno su propia terminología en función de los requisitos que mayor relevancia aporten en su categorización. En este sentido han terminado creando terminologías de empresas muy similares, aunque hayan usado términos distintos. Así: la empresa Multinacional de Bartlett y Ghoshal es también denominada Policéntrica (Perlmutter), empresas de adaptabilidad nacional (Doz), industria multidoméstica con estrategia nacional (Porter), internacional (Adler y Ghadar), con estrategia de mercado único (Wolf); Las empresas internacionales de Bartlett y Ghoshal han sido también: domesticas funcionales con división internacional (White y Poynter), etnocéntricas o internacionales (Macharzina), con estrategia de selección (Wolf); Las empresas globales de Bartlett y Ghoshal: etnocéntrica (Perlmutter), industria global con estrategia global pura (Porter), con estructura de producción global (White y Poynter), multinacional (Adler y Ghadar), estrategia de integración (Wolf); Finalmente, las empresas Transnacional, en la terminología de Bartlett y Ghoshal, han sido denominadas: Geocéntrica (Perlmutter), industria global con estrategia global compleja (Porter), global (Adler y Ghadar), multifocal (Roth y Morrison), Dual (Wedge) o de estrategia de interacción (Wolf). *Vid.* HARZING, Anne-Wil, “An empirical analysis...”, *op. cit.*, p. 103-104.

³²³ PERLMUTTER, Howard V., “The tortuous evolution...”, *op. cit.*, p. 11.

³²⁴ Trabajos pioneros identificando esta clasificación fueron: PERLMUTTER, Howard V., “L’entreprise internationale – Trois conceptions”, en *Revue Economique et Sociale*, Mayo, 1965, p. 155; PERLMUTTER, Howard V., “The tortuous evolution...”, *op. cit.*, p. 11 y ss. Seguidos más tarde por: HEDLUND, Gunnar, “The Hypermodern MNC...”, *op. cit.*, pp. 12 a 19.

³²⁵ La evolución habitual de una empresa es pasar de un estado etnocéntrico a uno policéntrico y, finalmente, evolucionar a un estado geocéntrico. No obstante, no es imposible que una empresa policéntrica sufra una regresión a su estado etnocéntrico. *Vid.* PERLMUTTER, Howard V., “The tortuous evolution...”, *op. cit.*, p. 17. Asimismo, aunque lo habitual será que las empresas evolucionen de forma sosegada a través de estas las etapas descritas, no es descartable que fruto de la competencia con otras entidades en diversos mercados la evolución se acelere y se produzcan bruscos saltos evolutivos. *Vid.* HEDLUND, Gunnar, “The Hypermodern MNC...”, *op. cit.*, p. 15.

³²⁶ HEDLUND, Gunnar, “The Hypermodern MNC...”, *op. cit.*, p. 13.

nacionalidad del Estado de origen a la propia empresa³²⁷. De hecho, el control es tan férreo que las filiales suelen estar controladas por personal desplazado de la matriz.

Las características descritas hacen que este sea un modelo menos flexible a la adaptación a los cambios de los mercados locales. Sin embargo, a corto plazo su estructura responde de manera satisfactoria porque es más simple que el resto de las estructuras y permite un alto grado de comunicación entre la matriz y las empresas filiales³²⁸. Estas empresas tienden a expandir lentamente sus fronteras de forma concéntrica³²⁹. Es decir, suelen comenzar su internacionalización por Estados próximos al mercado de origen, con tradiciones e influencias similares, para aprovechar el conocimiento adquirido previamente y poder utilizarlo en esos nuevos mercados.

Las empresas con estrategias policéntricas, usualmente identificadas con el arquetipo de empresas multinacionales³³⁰, por el contrario, tienen un alto grado de descentralización, con filiales casi independientes. Se ha llegado a identificar este modelo de empresa con confederaciones de Estados o con una asamblea de unidades semiindependientes³³¹. En este sentido, este tipo de empresas transnacionales asumen que las culturas de los Estados de acogida son diferentes y que estas no pueden terminar de ser aprendidas por un extranjero.

Así, las empresas con estrategias policéntricas desarrollan estrategias y productos para cada mercado. La independencia es tan alta que en muchas ocasiones los consumidores locales desconocen que la empresa local pertenece a un grupo empresarial internacional, cuya matriz está localizada en otro Estado. No obstante, aunque la independencia es tan alta, la matriz sigue controlada por el personal del Estado de origen y es difícil que algún nativo del Estado del mercado de la filial acceda a esos puestos directivos.

En definitiva, la independencia facilita que estas empresas tengan una altísima implantación en cada mercado en el que operan, con un elevado conocimiento de su mercado, lo que permite que estas empresas alcancen una explotación intensiva de los mercados locales, mejores ventas, mayores apoyos institucionales de los

³²⁷ PERLMUTTER, Howard V., “The tortuous evolution...”, *op. cit.*, p. 12.

³²⁸ PERLMUTTER, Howard V., “The tortuous evolution...”, *op. cit.*, p. 16.

³²⁹ HEDLUND, Gunnar, “The Hypermodern MNC...”, *op. cit.*, p. 12.

³³⁰ En este sentido, se ha identificado a la empresa multinacional y policéntrica con un “clúster de corporaciones de diversa nacionalidad unidas por lazos de propiedad común”, PERLMUTTER, Howard V., “The tortuous evolution...”, *op. cit.*, p. 13. Asimismo, se ha señalado que las estrategias policéntricas encajan mejor con el concepto de multinacional que los otros arquetipos. *vid.* HEDLUND, Gunnar, “The Hypermodern MNC...”, *op. cit.*, p. 14.

³³¹ La primera metáfora pertenece a PERLMUTTER, Howard V., “The tortuous evolution...”, *op. cit.*, p. 12. La segunda a HEDLUND, Gunnar, “The Hypermodern MNC...”, *op. cit.*, p. 13.

Gobiernos de los Estados de acogida y mayor flexibilidad para introducir nuevos productos³³². Por el contrario, la gran desventaja de las empresas policéntricas es que desaprovechan el conocimiento y experiencias que han obtenido en unos mercados y que podría ser muy útil en mercados de similares características.

Finalmente, las empresas con una estrategia geocéntrica ven el mundo como un mercado nacional. En este modelo las filiales no son ni satélites, como en el modelo etnocéntrico, ni ciudades independientes, como en el modelo policéntrico, sino que son una parte de un todo cuyos objetivos son tanto globales como locales³³³. En otras palabras, podría decirse, que el geocentrismo, en su configuración más extrema, supone la desaparición de la dimensión internacional de los negocios, en la medida en que para estas empresas las naciones han dejado de existir y ven el mercado internacional como una especie de *mercado doméstico global*³³⁴.

Esta concepción obliga a la matriz y a las filiales a desarrollar conjuntamente un estándar común adaptable a las necesidades locales que permita decidir sobre distintos aspectos, tales como: los nuevos productos, los mejores lugares en los que se implantarán nuevos centros de producción o los criterios para determinar el personal más cualificado. Además, se deben desarrollar incentivos para que las filiales trabajen con objetivos globales³³⁵.

El punto más negativo en la gestión de una empresa geocéntrica son sus altos costes de gestión y comunicación interna. No obstante, precisamente esa estructura tan compleja le permite establecer el mercado global como su mercado nacional lo que al final termina redundando en una mayor calidad de sus productos y servicios al poder utilizar el recurso global más adecuado con independencia de su nacionalidad o de su lugar físico³³⁶.

Como advertíamos, derivada del modelo geocéntrico, otros autores han identificado un subtipo de multinacional, la empresa *heterárquica*³³⁷. La estructura de este tipo de

³³² PERLMUTTER, Howard V., "The tortuous evolution...", *op. cit.*, p. 16.

³³³ Este descriptivo ejemplo puede encontrarse en PERLMUTTER, Howard V., "The tortuous evolution...", *op. cit.*, p. 13.

³³⁴ Aunque muy útil para entender rápidamente la estrategia geocéntrica, esta versión radical del geocentrismo presenta, sin duda, importantes problemas. Por ejemplo, las grandes diferencias entre los mercados domésticos y los mercados internacionales, en los que, al contrario que en los mercados nacionales, existen importantes políticas proteccionistas por parte de los Estados para salvaguardar sus mercados locales. Al respecto, *vid.* HEDLUND, Gunnar, "The Hypermodern MNC...", *op. cit.*, p. 18.

³³⁵ En este sentido, solo este modelo estratégico sería el verdaderamente multinacional, si entendemos multinacional como sinónimo del término transnacional. Es decir, en el sentido de superar la concepción fragmentada en naciones del mercado internacional. *Vid.* PERLMUTTER, Howard V., "The tortuous evolution...", *op. cit.*, p. 14.

³³⁶ PERLMUTTER, Howard V., "The tortuous evolution...", *op. cit.*, p. 16.

³³⁷ La clasificación de empresa *heterárquica* pretende englobar a aquellas empresas organizadas de una forma no jerárquica. Este subtipo se diferencia del modelo geocéntrico en términos de estrategia y de estructura, *vid.*

empresas está caracterizada por, entre otras variables: tener un gran número de centros de producción dirigidos por directivos que, además de competencia en sus propias compañías filiales, tienen capacidad de toma de decisiones en el conjunto de la empresa.

En este tipo de empresas es difícil identificar un centro y una periferia de forma clara, sino que en función de cada materia el poder de decisión estará en uno u otro lugar de la compañía. Otra de las características y a la vez una de las diferencias con las empresas globales, es que las empresas heterárquicas se caracterizan por emprender relaciones de cooperación con otras empresas en mayor medida que las geocéntricas.

La compleja estructura heterárquica no se organiza ni coordina de forma coercitiva, sino que depende del respeto que las filiales respeten a las normas diseñadas por la empresa³³⁸. En otras palabras, al contrario que en otros modelos de empresas más centralizados, en los que es posible ejercer el control de forma coercitiva o burocrática, en las empresas heterárquicas la integración de las distintas empresas del grupo debe realizarse a través del control normativo, es decir, que las normas internas y la cultura corporativa sean tenidas por todos como obligatorias y en esa medida se cumplan.

En cuanto a la estrategia desarrollada por las empresas heterárquicas, al igual que el resto de modelos de empresas internacionales, está muy influenciada por su estructura. La estrategia de este tipo de empresa pasa por no limitar su actividad a ninguna industria en particular. Su diseño no está reservado a una filial o matriz en concreto, sino que se elabora de forma simultánea en toda la empresa³³⁹.

Aunque la diferenciación teórica entre empresas etnocéntricas, policéntricas, geocéntricas y también heterárquicas nos permite identificar interesantes modelos organizativos en las empresas multinacionales, lo cierto es que en la realidad estos suelen darse entremezclados y difícilmente podemos encontrarlos de forma pura por separado. Por el contrario, lo usual es que las empresas desarrollen en paralelo distintas características pertenecientes a cada uno de los tres modelos descritos³⁴⁰. En este sentido, hay ciertos departamentos proclives a desarrollar estrategias propias de un determinado modelo. Así, el departamento de investigación y desarrollo suele

HEDLUND, Gunnar, "The Hypermodern MNC...", *op. cit.*, pp. 20 y ss. Este subtipo podría ser identificado con las empresas transnacionales en la terminology de Bartlett y Ghoshall, *ibídem*. P. 21

³³⁸ En este sentido, HEDLUND, Gunnar, "The Hypermodern MNC...", *op. cit.*, p. 24.

³³⁹ Se ha cuestionado si en realidad es posible que una multinacional alcance un estado tan globalizado que las decisiones no sean tomadas desde el Estado de origen de la compañía y por nacionales de ese Estado. Vid. BUENO CAMPOS, Eduardo *et al.*, *Economía de la empresa...*, *op. cit.*, p. 723.

³⁴⁰ La mezcla de estrategias es tan habitual entre las grandes corporaciones que incluso se habla del "perfil EPG" –(E)tnocentrismo, (P)olicentrismo, (G)eocentrismo–, como método para que las direcciones de esas empresas diseñen el grado de etnocentrismo, policentrismo y geocentrismo de sus corporaciones. Vid. PERLMUTTER, Howard V., "The tortuous evolution...", *op. cit.*, p. 14.

presentar una estructura geocéntrica, el departamento financiero etnocéntrica, mientras que el departamento de marketing suele presentar una estructura policéntrica.

Otro intento de describir la organización de las empresas multinacionales se construyó sobre otras variables, tales como el porcentaje de ventas en el extranjero y la diversidad geográfica en su cadena de producción³⁴¹. Este modelo muy pronto se simplificó y se terminó diferenciando entre empresas centralizadas o empresas descentralizadas. Sin embargo, la atención en estas variables infravaloraba la influencia del país de origen, de la propia herencia administrativa de la empresa a lo largo de su historia y de la influencia que la posición de la empresa en la industria pudiera ejercer sobre ella³⁴².

Atendiendo a estas variables, el porcentaje de ventas en el extranjero y la organización territorial de la producción, y sumando aquellas otras que acabamos de mencionar y que no deben ser infravaloradas (herencia organizativa de la empresa, influencia de la industria, ...) se ha diferenciado entre una empresa con modelo organizativo federal y una empresa con un modelo organizativo de eje centralizado.

En primer lugar, el modelo federal, que dominó la expansión de las empresas europeas, está condicionado por las circunstancias en las que se desarrolló: por las altas barreras aduaneras; las elevadas limitaciones nacionalistas al comercio de

³⁴¹ Estas dos variables permiten construir el “modelo de etapas”, que describe las diferentes fases que puede atravesar la organización de una multinacional en su proceso de expansión internacional. La expansión internacional atraviesa una primera etapa en la que las empresas filiales gozan de una gran autonomía y solo están vinculadas a la empresa matriz a través de débiles vínculos financieros. Durante la segunda etapa las empresas desarrollan unidades de negocio internacionales. Estas unidades son consideradas habitualmente una parte independiente de la empresa, no sometidas a las mismas reglas, ni a la misma planificación que las unidades puramente nacionales. En la tercera etapa, la planificación estratégica se lleva a cabo de forma coherente y en todo el mundo y la estructura de las actividades en el extranjero se altera para proporcionar vínculos más estrechos con el resto de la estructura. Esta tercera etapa está asociada a la diversificación de las líneas de producción porque la complejidad de esta operación no puede ser resuelta de forma satisfactoria durante la fase de las unidades de negocio internacional. Las tres fases permiten diferenciar distintos tipos de empresas multinacionales: empresas de con una unidad de negocio global son aquellas que tuvieron un alto porcentaje de ventas en el extranjero y una alta diversidad de productos; empresas con unidades de negocio por línea de producción, con bajos niveles de ventas en el extranjero, pero una elevada variedad de productos; finalmente, las empresas organizadas mundialmente por áreas o territorios, disfrutaban de elevadas ventas en el extranjero y baja segmentación de su producción, es decir, son empresas muy especializadas en determinados productos o línea de productos. Para un mayor detalle de esta teoría, *vid.* STOPFORD, Jhon M. Y WELLS, Loius T., *Managing the multinational...*, *op. cit.* Para ver la influencia de esta teoría en Bartlett y Ghoshal *vid.* BARTLETT, Christopher A., “Building and managing ...”, *op. cit.*, p. 367.

³⁴² En este sentido, por ejemplo, puede precisarse que en algunas industrias hay más incentivos a coordinar la actividad internacional de la empresa o a buscar la diferenciación nacional, telecomunicaciones; otras buscan la diferenciación nacional, pero no la coordinación internacional, como las empresas compañías de bienes empaquetados, (tabaco, sopa, comida); otras se benefician de las economías de escala facilitadas por la coordinación global, sin tener que adaptar sus productos a las demandas nacionales, como las empresas de productos tecnológicos; también es posible encontrar industrias en las que los costes logísticos hagan ineficiente la coordinación global y la diferenciación nacional del producto sea casi imposible, como la industria cementera BARTLETT, Christopher A., “Building and managing ...”, *op. cit.*, pp. 369 y ss.

empresas no nacionales y mercados extranjeros dominados por fuertes empresas locales. Las empresas trataron de evitar esos obstáculos y defender sus posiciones en cada mercado recurriendo a este modelo federal. Las empresas constituían filiales con un gran margen de autonomía. La empresa matriz apenas conservaba unos simples controles sobre las filiales, mientras que las decisiones estratégicas estaban asignadas a las filiales. Entre matriz y filiales solo existen básicamente flujos de financiación³⁴³.

Por el contrario, el modelo de eje centralizado de las empresas japonesas es fruto de su internacionalización más tardía, décadas de los 60 y 70, de la progresiva reducción de aranceles y del desarrollo de una economía de escala que les permitía adaptarse a las necesidades de cada mercado sin tener que recurrir a la implantación de empresas locales típica del modelo europeo. Este tipo de organización se desarrolla en un contexto con muchos acuerdos de libre comercio entre Estados, con costes de transporte cada vez más insignificantes, con mayores facilidades de comunicación y avances en procesos productivos y tecnológicos que incrementan la eficiencia de las empresas. Fruto de estos condicionantes, las empresas japonesas optaron por que las decisiones estratégicas fueran adoptadas en la central. Desde la matriz existen flujos de información, bienes y recursos, hacia la filial. En realidad este modelo responde a que las empresas japonesas acceden a otros mercados a consecuencia de una disminución de sus tasas de crecimiento en su mercado de origen, frente a las cuales van extendiéndose progresiva y lentamente a otros mercados para mantener tasas de crecimiento adecuadas³⁴⁴.

Pues bien, a finales de la década de los 70 y principios de los 80, Bartlett y Ghoshal construyeron sobre los cimientos de los modelos teóricos precedentes a los que nos acabamos de referir un tercer tipo de adaptación de las empresas multinacionales, el modelo transnacional³⁴⁵. Los Estados tienen miedo de que la expansión de las empresas multinacionales limite su soberanía nacional. Ello hace que los Estados reintroduzcan aranceles aduaneros y que intenten ejercer sus poderes soberanos. Cuando las empresas multinacionales pasaron de las exportaciones a la inversión exterior directa, se encontraron con que estaban fuertemente regulados y controlados por las políticas industriales nacionales cada vez más amplias y sofisticadas. Los

³⁴³ Estos flujos se limitan, básicamente, a flujos de capital desde la empresa matriz a las filiales y de reparto de dividendos desde las filiales a la matriz. *Vid.* BARTLETT, Christopher A., "Building and managing ...", *op. cit.*, p. 372.

³⁴⁴ El crecimiento es la condición que mantiene una empresa en condiciones competitivas y saneada, *vid.* BARTLETT, Christopher A., "Building and managing ...", *op. cit.*, p. 374.

³⁴⁵ Las organizaciones transnacionales son aquellas que están condicionadas por altos niveles de diferenciación nacional y altos niveles de integración global. Por su parte, las organizaciones multinacionales están influenciadas por elevadas pretensiones de diferenciación nacional y bajos deseos de integración global; mientras que las organizaciones globales, al contrario, están determinadas por elevados niveles de integración global y bajos niveles de diferenciación nacional. La diferenciación entre estos tipos de empresas pertenece a BARTLETT, Christopher A., "Building and managing ...", *op. cit.*, p. 377.

consumidores comienzan a reclamar productos más adaptados a los requerimientos de los mercados locales y no meros productos estandarizados globalmente. Ello provoca que las multinacionales tengan que desarrollar la coordinación y el control global de su producción mientras que de forma simultánea adaptan sus servicios y cadenas de producción a las distintas demandas nacionales, todo ello para ser más eficientes globalmente.

El denominado modelo trasnacional, por tanto, está construido sobre tres importantes características: tiene en cuenta múltiples parámetros para determinar las demandas y oportunidades de negocio; la producción y distribución de bienes es realizada de forma internacional, pero interdependientemente; y finalmente, requiere un robusto y flexible proceso interno de integración³⁴⁶. Todo ello es la base del modelo integrado de organización, típico de este tipo de organizaciones. Este modelo está caracterizado por un fuerte flujo de tecnología, finanzas, personal, materiales, etc., entre la matriz y las filiales, pero también, y esto es lo verdaderamente novedoso, entre las propias filiales³⁴⁷.

Que las empresas operen o no en segmentos de mercado específicos y si adaptan o no su producto al mercado en el que operan son otras dos variables que permiten categorizar las estrategias de internacionalización de las empresas transnacionales³⁴⁸. Así, la empresa generalista multidoméstica es aquella multinacional –como SOS, Moviestar, Santander, Unión Fenosa, Ebro Foods– con una amplia selección de productos o servicios en todos los servicios del mercado, pero adaptándolos a las peculiaridades de cada Estado. La multinacional generalista global, por su parte, sería aquella sociedad –como Inditex, Famosa, Planeta, Freixenet– que ofrece una gran variedad de productos y servicios sin adaptar a las características de cada Estado. La multinacional discriminadora es aquella empresa –como, por ejemplo, Pronovias, Duro Felguera– que ofrece un limitado número de productos o servicios adaptados a las necesidades de cada país. Finalmente, la multinacional jugador global de nicho es aquella empresa –como Bimbo, Viscofán o ALSA– que con independencia del Estado en el que ofrezca sus servicios siempre ofrece el mismo catálogo de productos.

Los incentivos para que un modelo domine sobre los demás en la estrategia de una organización estarán determinados por la industria en la que se inserte cada empresa, además de por la importancia de los distintos departamentos. De hecho, se ha señalado, con acierto, que la primera esfera que debe ser objeto de atención en la

³⁴⁶ BARTLETT, Christopher A., “Building and managing ...”, *op. cit.*, p. 376, 378.

³⁴⁷ Este sistema está caracterizado porque las empresas matrices conserva un complejo sistema de coordinación. Las decisiones estratégicas son compartidas. BARTLETT, Christopher A., “Building and managing ...”, *op. cit.*, p. 381.

³⁴⁸ GUILLÉN, Mauro F. Y GARCÍA-CANAL, Esteban, *Las nuevas multinacionales...*, *op. cit.*, p. 225 y ss.

internacionalización de la empresa no es paradójicamente esta, la compañía de forma autónoma, sino la industria a la que esta pertenezca.

La explicación de que la industria sea la primera unidad de análisis es que esta, en su conjunto, es el terreno en el que las empresas obtienen o pierden ventajas competitivas derivadas de su internacionalización³⁴⁹. En función del sector industrial en el que opere una compañía esta obtendrá incentivos para ampliar sus actividades a otros mercados siguiendo una u otra estrategia, lo que finalmente provoca que las compañías de un determinado sector suelen desarrollar estrategias de internacionalización parecidas.

El estudio de la internacionalización de las empresas desde la óptica de la industria a la que pertenecen tiene en cuenta dos variables: la coordinación y la configuración³⁵⁰. La coordinación describe el grado de interrelación entre los diferentes centros de producción internacionales de la empresa, si forman parte o no de una misma cadena de valor o si constituyen procesos autónomos. Una empresa podrá coordinar con mayor o menor detalle las actividades las unidades productivas repartidas entre los distintos Estados. Respecto de la configuración o estandarización, las empresas pueden decidir si optar por la concentración o por la dispersión de las actividades de su cadena de producción. La producción concentrada supone desarrollar cada actividad desde un Estado y desde allí servir al resto del mundo. En este sentido, el caso más extremo lo representaría aquella empresa que concentrara todas sus actividades en un Estado y desde allí operara hacia el resto del mundo. No obstante, por el contrario, lo más habitual es concentrar en diferentes Estados distintas partes del proceso productivo. Por su parte, la producción dispersa implica desarrollar las mismas actividades en varios Estados. El caso más extremo llevaría a una compañía a replicar toda la cadena de producción en todos los Estados en los que desee operar³⁵¹. Las empresas se decantarán por una u otra estrategia en virtud de múltiples

³⁴⁹ PORTER, Michael E., “Competition in global industries...”, *op. cit.*, p. 17.

³⁵⁰ PORTER, Michael E., “Competition in global industries...”, *op. cit.*, pp. 23 y ss. Al respecto, también HERWIG, Markus, PRIES, Ludger y RAMPELTSHAMMER, Luitpold, “European Works Councils as international non-profit-organisations: an organizational research approach to a crucial element of Europeanisation”, HERWIG, Markus, PRIES, Ludger y RAMPELTSHAMMER, Luitpold (Ed.), *European Works Councils in complementary perspectives*, ETUI, Bruselas, 2009, p. 30.

³⁵¹ Además de las estrategias más extremas descritas, puede señalarse que los distintos grados de estandarización y de coordinación por los que opte una empresa posibilitan la existencia de distintos tipos de estrategias internacionales. Pueden diferenciarse cuatro grandes estrategias: estrategia global simple, en la que las empresas operan desde un Estado exportando sus productos y servicios al resto, en los que de forma coordinada y estandarizada se adaptarán a las necesidades del mercado local; Alta inversión en el extranjero con alta coordinación entre las filiales: coordinación alta, geográficamente dispersa: alta concentración, baja coordinación; Estrategia exportadora con marketing descentralizado: alta concentración, baja coordinación. Al respecto, vid. PORTER, Michael E., “Competition in global industries...”, *op. cit.*, pp. 23-29. La existencia de cuatro grandes estrategias no significa que no existan estrategias mixtas o que las empresas no evolucionen sus posiciones a lo largo del tiempo. Incluso lo que se antoja imposible es que las multinacionales no traten de alcanzar las ventajas derivadas de todos los modelos de multinacionales. El competitivo contexto internacional

factores. Las ventajas de una economía de escala, los incentivos estatales para concentrar la producción en un país y usar su territorio como base de exportaciones.

En función de las variables reseñadas, un primer acercamiento nos permite identificar dos fórmulas de organización empresarial en el contexto internacional³⁵². En primer lugar, aquellas industrias en las que sus empresas, a pesar de tener presencia en múltiples Estados, gestionan las unidades productiva en cada Estado como empresas nacionales independientes, centradas en las preferencias de sus mercados locales. Ejemplos de estas industrias, denominadas multidomésticas, serían la banca de consumo o el sector de seguros.

Se ha distinguido entre las empresas multidomésticas, con filiales centradas en sus mercados locales, encargándose directamente las filiales de la producción y del marketing para sus mercados, con un gran margen de autonomía respecto de la central.

En segundo lugar, podemos identificar aquellas otras industrias, denominadas globales, caracterizadas porque la posición competitiva de la empresa en un Estado afecta significativamente a su posición en otros mercados³⁵³. Ejemplos de este segundo tipo de industrias serían la industria aeronáutica de pasajeros o el sector del automóvil. Una empresa terminará desarrollando una estrategia global cuando le reporte una ventaja competitiva la integración de sus actividades, a través de la estandarización geográfica de las mismas, de la coordinación de sus acciones dispersas o a través de ambas vías³⁵⁴.

obliga a las multinacionales a intentar aprovecharse de las ventajas que presentan todos los modelos organizativos. Las empresas deben intentar buscar la competitividad de las empresas globales, la flexibilidad de las multinacionales y el aprendizaje global común de las internacionales de forma simultánea. Vid. BARTLETT, Christopher A. Y GHOSHAL, Sumantra, *Managing across borders...*, *op. cit.*, p. 16, 25. Este pensamiento estratégico ha provocado que, desde la década de los 80, cada vez más empresas globales, multinacionales o internacionales se transformen en empresas transnacionales, *ibidem*. P. 54.

³⁵² PORTER, Michael E., "Competition in global industries...", *op. cit.*, pp. 17-18, 29.

³⁵³ Que una empresa sea global no significa que todos los bienes que produzca tengan que ser idénticos. Sino que una correcta coordinación de varias unidades productivas a nivel internacional permiten hacer bienes similares o diferentes y adaptables a las necesidades de cada mercado, pero reduciendo los costes de producción y mejorando el conocimiento global de la compañía. Vid. FLAHERTY, M. Therese, "Coordinating international manufacturing and technology" en PORTER, Michael E. (ed.), *Competition in global industries*, Harvard Business School, Boston, 1986, pp. 83-109.

³⁵⁴ En este sentido, debe entenderse por actividades todas las acciones que una empresa debe desarrollar para poder operar adecuadamente en una determinada industria, tales como: marketing y ventas, investigación y desarrollo, servicio técnico, etc. Fruto de esas actividades una empresa podrá desarrollar dos clases de ventajas competitivas: un menor coste operativo o una diferenciación con otros productores. Por su parte la integración de las actividades, que también puede generar ventajas competitivas para la empresa, consistirá en determinar dónde situar las unidades productivas y cómo organizar esas actividades en el tablero mundial. Al respecto vid, PORTER, Michael E., "Competition in global industries...", *op. cit.*, pp. 19 y ss.

Las debilidades de las empresas globales quedaron al descubierto en la década de los ochenta cuando las tasas de cambio estaban sometidas a una alta volatilidad³⁵⁵. En ese contexto, las empresas globales tenían una mayor exposición que las empresas multidomésticas, pues sus productos quedaban sometidos a los vaivenes de las tasas de cambio, al producirse en un único Estado que luego tenía que exportar a los demás. Ello propició que las empresas globales evolucionaran y trataran de minimizar los daños de su alta exposición a un único Estado y trataran de conjugar los elementos positivos de ambos modelos³⁵⁶.

La elección entre las distintas fórmulas de organización empresarial descritas vendrá condicionada por la propia naturaleza de la actividad a la que se dedique la empresa transnacional³⁵⁷. No obstante, parece que sea cual sea la estrategia adoptada por la empresa transnacional supondrá que su estructura se organizará en torno a la dominación o a la coordinación de sociedades en otros Estados³⁵⁸. Ello nos obliga a retomar el estudio de las redes empresariales en el contexto internacional.

3. La internacionalización de las redes empresariales: la empresa transnacional

De las distintas estrategias económicas descritas, que pueden desarrollar las empresas transnacionales en su internacionalización y en su búsqueda para reducir costes de producción y conseguir economías de escala³⁵⁹, nos interesan aquellas que finalmente conducen a que estas articulen su estructura productiva laboral internacional a través de redes empresariales –por dominación o coordinación³⁶⁰–.

La razón del interés en estas estructuras transnacionales es que en ellas el empleador real tiene carácter supranacional, aunque esté construido sobre una pluralidad de empleadores nacionales aparentes, mientras que, por el contrario, la representación de los trabajadores encuentra serias dificultades para poder articularse en el nivel

³⁵⁵ GHOSHAL, Sumatra y WESTNEY, ELEONOR D., “Introduction and overview”, *op. cit.*, p. 4.

³⁵⁶ GHOSHAL, Sumatra y WESTNEY, ELEONOR D., “Introduction and overview”, *op. cit.*, p. 4.

³⁵⁷ En este sentido, no es lo mismo una empresa dedicada a la producción de servicios que una empresa dedicada a la producción de bienes. Mientras que las empresas productoras de bienes no están condicionadas por el consumidor y podrán producir los mismos a la distancia que consideren, exportando sus bienes; la empresa de servicios, por lo general, deberá contar con el traslado del consumidor a sus instalaciones o con prestar sus servicios a distancia. *Vid.* ROMERO, Ana T., “Las empresas multinacionales...”, *op. cit.*, p. 392.

³⁵⁸ *Vid.* HAMILL, James, “Influencia en el empleo...”, *op. cit.*, p. 165; DUNNING, J.H., *Explaining international production*, Unwin Hyman, Londres.

³⁵⁹ Las fusiones, adquisiciones internacionales y las alianzas estratégicas son buenos instrumentos para que las empresas transnacionales consigan incrementar de forma rápida su cuota de mercado en otros Estados, *vid.* JUNGNICHEL, Rolf, “Tendencias recientes de la inversión...”, *op. cit.*, p. 68. Respecto de las fusiones y adquisiciones, *vid.* HAMILL, James, “Fusiones, adquisiciones y...”, *op. cit.*, p. 176.

³⁶⁰ La presencia de empresas por dominación o coordinación en el mercado internacional es defendida, aunque con la terminología redes empresariales horizontales y redes verticales, por: CAMPBELL, Duncan, “La empresa globalizadora...”, *op. cit.*, pp. 451 y ss.

transnacional, lo que genera un déficit de representación, sobre el que tendremos la oportunidad de regresar a a lo largo de este estudio en diversas ocasiones. Obviamente, estas figuras empresariales transnacionales solo serán relevantes, a los efectos de este estudio, cuando sus centros de trabajo nacionales empleen a trabajadores, pues, de lo contrario, naturalmente no se producirán problemas de representación.

Antes de referirnos a las dificultades que la construcción de la representación de los trabajadores encuentra en estas redes empresariales, debemos realizar previamente algunas matizaciones respecto de las redes empresariales. Es cierto que ya hemos tenido la oportunidad de analizar con detenimiento estas figuras, mas el factor internacional de las mismas, que modula y complejiza algunas de las variables nacionales, aconseja llevar a cabo este ejercicio.

Las empresas por dominación se ven impulsadas en el nivel internacional por sus deseos de deslocalizar su producción³⁶¹. En este sentido, la empresa por dominación internacional suele ser el medio usado para deslocalizar la producción dentro de la propia empresa. Es decir, para que las empresas puedan seguir desarrollando parte de su proceso productivo en otro Estado utilizando los trabajadores o los productos de una empresa subordinada, sobre la que mantienen el control mediante vínculos contractuales³⁶². El beneficio de este tipo de organización es que permite adaptar los precios del producto fabricado al país en el que se producen y venderlo con un beneficio mayor en destino³⁶³. Al no existir vínculos jurídicos entre empresario principal y los trabajadores del empresario secundario y al comprar las materias primas en destino, la empresa matriz puede fabricar sus bienes a unos precios inferiores a los mercados de destino y, por tanto, obtener un mayor beneficio. Sin embargo, el efecto perverso de esta disposición empresarial es que, sin duda, genera en muchas ocasiones supuestos de indeseable dumping social³⁶⁴.

La articulación de una red por dominación en el ámbito internacional también suele verse favorecida porque habitualmente las sociedades con un alto nivel de innovación e investigación, empresas que suelen operar en mercados globales, desean controlar completamente su producción en otros ordenamientos. La justificación de sus deseos

³⁶¹ El concepto de deslocalización ha sido definido como la facilidad que tienen las empresas transnacionales de transferir una parte o la totalidad de su proceso productivo a otros Estados, normalmente con costes de producción inferiores, BAYLOS, GRAU, Antonio, "Un instrumento de regulación...", *op. cit.*, p. 112.

³⁶² Esta deslocalización de la producción haciendo uso de empresas por dominación ha sido definida como "externalización intramuros", *vid.* ORLANDINI, Giovanni, "Las transformaciones de la empresa...", *op. cit.*, p. 285.

³⁶³ ALCALÁ DÍAZ, María Ángeles, "Técnicas jurídico-contractuales ...", *op. cit.* p. 150.

³⁶⁴ Se ha advertido que en muchas ocasiones detrás de la configuración internacional de la actividad productiva a través de organizaciones por dominación, las empresas ocultan estrategias de dumping social, *vid.* ORLANDINI, Giovanni, "Las transformaciones de la empresa...", *op. cit.*, p. 272.

de supremacía sobre la red residen en que desean evitar el riesgo de que pueda quedar comprometida alguna información sensible de la empresa en otro Estado³⁶⁵, con un ordenamiento y una tradición jurídica diferentes que puedan dificultar su protección.

Obviamente también es posible encontrar redes por coordinación en el ámbito transnacional³⁶⁶, también denominadas coaliciones internacionales de empresas³⁶⁷. Las empresas por coordinación aglutinan a dos o más empresas competidoras que acuerdan una alianza estratégica para lograr sinergias positivas para ambas compañías. La base del acuerdo radica en que a pesar de competir en con carácter general, pueden converger en un reducido número de objetivos comunes³⁶⁸.

Estas redes se caracterizan porque se constituyen a partir de acuerdos formales de largo plazo entre compañías sin llegar a la fusión entre las mismas³⁶⁹. Además, como en las redes nacionales, será posible que vínculos no formales entre las partes terminen generando una estructura de coordinación a largo plazo entre las sociedades.

No obstante, lo más habitual es que las empresas transnacionales formalicen sus vínculos coordinados a través de instrumentos jurídicos para dotar de seguridad jurídica a sus relaciones con sociedades de otros Estados. Así, es frecuente que las empresas recurran a diferentes instrumentos, como: joint ventures, acuerdos de licencia, acuerdos de suministro, de marketing o cualquier otro pacto que vincule sin fusionar a dos o más empresas³⁷⁰. En realidad, la forma jurídica que adopten estas coaliciones no es relevante. En primer lugar, porque es posible reconocer una empresa por coordinación aún cuando no exista un vínculo jurídico entre las partes. En segundo lugar, porque en todo caso la forma será fruto de las influencias y de la

³⁶⁵ Estos dos factores que impulsan la constitución de redes por dominación en el contexto internacional pueden verse con mayor detalle en STOPFORD, Jhon M. Y WELLS, Loius T., *Managing the multinational...*, *op. cit.*, pp. 123-124.

³⁶⁶ CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Los cambios en la organización de la empresa...”, *op. cit.*, p. 41. De hecho, en este sentido, también se ha señalado que las grandes empresas horizontales, aquellas que se constituyen bajo acuerdos de colaboración entre empresas independientes, suelen darse en el contexto internacional más que en los mercados nacionales, en el que es más propicio que grandes corporaciones lleguen a acuerdos favorables a sus intereses en distintos mercados nacionales al amparo del mercado global. A este respecto *vid.* ALCALÁ DÍAZ, María Ángeles, “Técnicas jurídico-contractuales ...”, *op. cit.* p. 106.

³⁶⁷ Un estudio detallado de las coaliciones internacionales y su relación con estrategias globales puede verse en PORTER, Michael E. Y FULLER, Mark B., “Coalitions and global strategy”, *op. cit.*, pp. 315 y ss.

³⁶⁸ Estas relaciones horizontales, entre sociedades iguales vinculadas a Estados diferentes, no deben ser confundidas con las relaciones de *comercio horizontal cruzado*. Este último tipo de relación en realidad describe las relaciones internas entre empresas filiales y empresa matriz, normalmente a un coste inferior al del mercado. El término puede encontrarse en DUNNING, John H., “La empresa multinacional...”, *op. cit.*, p. 37.

³⁶⁹ PORTER, Michael E. Y FULLER, Mark B., “Coalitions and global strategy”, *op. cit.*, p. 315.

³⁷⁰ *Vid.* GHEMAWAT, Pankaj, PORTER, Michael E. Y RAWLINSON, Richard A., “Patterns of international coalition activity” en PORTER, Michael E. (ed.), *Competition in global industries*, Harvard Business School, Boston, 1986, pp. 349.

tradición jurídica en la que se inserte la empresa transnacional y el estado de acogida³⁷¹,

Es frecuente que las empresas transnacionales se organicen a través de redes de empresas por coordinación para lograr la reducción de riesgos es su actividad, para conseguir una economía de escala en su producción, para acceder a nuevos mercados, tecnologías o conocimientos. Asimismo, las redes de empresas por coordinación pueden verse impulsadas en el ámbito internacional por las legislaciones proteccionistas de algunos Estados que favorecen que las sociedades extranjeras se coaliguen con empresas nacionales en lugar de tomar el control de las mismas³⁷². La preferencia por la coordinación en detrimento de la dominación no parece sustentarse en motivos racionales, pues no existen datos económicos que atestigüen que dicha fórmula sea más beneficiosa en términos objetivos que la dominación por una sociedad extranjera. En este sentido, la coordinación termina siendo un símbolo de control y de conservación de la soberanía nacional³⁷³.

Finalmente, como ocurría en las redes nacionales, debemos reiterar que la delimitación entre una red transnacional por dominación o por coordinación, aunque existen algunos instrumentos internacionales que pueden aportar interesantes criterios para la diferenciación³⁷⁴, deberá hacerse analizando en cada supuesto todas

³⁷¹ En este sentido, las partes podrían necesitar acceder a un mercado local al que adaptar su producto global, optarían por una joint venture con un productor local; o simplemente acceder a una tecnología, podrían optar por una joint venture entre dos empresas transnacionales; si las empresas pretenden acceder a nuevos mercados, pero son de pequeño tamaño y con poca experiencia internacional, suelen optar por un acuerdo de licencia de actividad. PORTER, Michael E. Y FULLER, Mark B., "Coalitions and global strategy", *op. cit.*, pp. 318 y ss.

³⁷² PORTER, Michael E. Y FULLER, Mark B., "Coalitions and global strategy", *op. cit.*, pp. 322 y ss.; STOPFORD, Jhon M. Y WELLS, Loius T., *Managing the multinational...*, *op. cit.*, p. 142.

³⁷³ STOPFORD, Jhon M. Y WELLS, Loius T., *Managing the multinational...*, *op. cit.*, p. 168.

³⁷⁴ Al respecto, por ejemplo, puede resultar de interés la definición que la OCDE hace de la inversión extranjera directa (IED) en su definición marco (La primera definición marco fue publicada en 1983. La versión más reciente, la cuarta, fue aprobada por el Consejo de la OCDE en su sesión número 1175, de 22 de mayo de 2008). La IED facilita identificar distintos tipos de relaciones verticales entre empresas. Así, la empresa asociada será aquella de la que la matriz tenga entre el 10% y el 50% de los derechos de voto. Si el porcentaje de control sobre los derechos de voto supera el 50% estaremos ante una empresa subsidiaria. Finalmente, las empresas auxiliares serán aquellas sociedades que pertenezcan al 100% a un solo inversor directo. A pesar de la utilidad del criterio de la IED, este no deja de ser un indicador parcial, pues la delimitación de las multinacionales no puede constreñirse a los flujos financieros porque hay otro conjunto de actividades que también deben ser tenidas en consideración como, por ejemplo: la transmisión de tecnología, la prestación de servicios administrativos, acuerdos de cooperación, restricciones comerciales o la fijación de precios de transferencia, etc. En el mismo sentido, AA.VV., *Las corporaciones multinacionales...*, *op. cit.*, p. 5. Asimismo, la Convención modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo, de 2011, es otro instrumento internacional que aporta criterios sobre las relaciones que pueden vincular a las sociedades. El artículo 9 de este convenio internacional determina que dos empresas serán asociadas siempre y cuando: Una empresa de un Estado contratante participe directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa del otro Estado contratante; o Las mismas personas participen directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa de un Estado contratante y de una empresa del otro Estado contratante. y en cualquiera de los dos casos las dos empresas establezcan o impongan en sus relaciones comerciales o financieras condiciones que difieran de las que se habrían establecido entre empresas independientes, cualesquiera beneficios que, de no ser por esas condiciones,

las relaciones entre las sociedades para descubrir si alguna de ellas sostiene una relación de dominación o si, por el contrario, las relaciones entre las sociedades se limitan a una mera coordinación.

4. La representación de los trabajadores en las empresas transnacionales

Las nuevas formas de organización empresarial y su internacionalización han motivado que la organización clásica de la representación de los trabajadores adolezca de graves deficiencias. Los Estados se han enfrentado tradicionalmente a la regulación de la representación de los trabajadores esencialmente a través de instrumentos exclusivamente nacionales, dificultando, sin duda, su eficacia en un mundo cada vez más globalizado.

La regulación de la representación de los trabajadores en las empresas es fruto de las particularidades de las relaciones laborales de cada Estado y de la evolución histórica de su sistema normativo. Por ello, no hay ningún modelo idéntico. No obstante, algunas conclusiones de carácter general pueden compartirse, al menos, en lo que refiere a los problemas derivados de la externalización y fraccionamiento de las empresas³⁷⁵.

En primer lugar, la compleja organización de las sociedades mercantiles, articulada a través de redes empresariales, como ya hemos señalado, provoca la imposibilidad de constituir órganos de representación de los trabajadores o la reducción del número de mismos, corolario de la disminución de la plantilla de cada entidad.

Asimismo, la externalización de servicios de la empresa principal provoca un debilitamiento de la influencia de los representantes de los trabajadores, así como de los medios de defensa, de la negociación colectiva y de la tutela de los derechos de los trabajadores.

En definitiva, el fraccionamiento de la empresa y el debilitamiento de la representación de los trabajadores dificulta que los trabajadores puedan tener acceso a los interlocutores verdaderos, a los centros de decisión de las empresas y grupos de empresas. Pues la articulación de la representación casi nunca se construirá en función de esos centros de decisión verdaderos, sino en función de estructuras tradicionales, que poco o nada tienen que ver con la estructura real a través de la que la empresa transnacional adopta sus decisiones.

hubieran correspondido a una de las empresas pero que, por esas condiciones, no le hayan correspondido, podrán incluirse en los beneficios de esa empresa y ser gravados en consecuencia.

³⁷⁵ En similares términos, al menos, respecto de Italia y España *vid.* GALLARDO MOYA, Rosario, “La articulación de los derechos colectivos...”, *op. cit.*, pp. 233-234. Respecto a las coincidencias entre el modelo francés y el español puede consultarse FERREIRO REGUEIRO, Consuelo, “La unidad económica y social...”, *op. cit.*, p. 1958 y ss.

Para adecuar la representación de los trabajadores a la organización empresarial imperante puede recurrirse a la adaptación de los modelos de representación tradicionales, redistribuyendo competencias, o bien reconstruir la representación de los trabajadores bajo un nuevo paradigma.

Como primera alternativa, cabría exigir de los legisladores que amplíen las competencias de los representantes de los trabajadores en las empresas principales para que puedan defender los derechos de los trabajadores de las empresas secundarias³⁷⁶. En esta sentido apuntarían las normas españolas: Ley 22/1999, de 16 de julio, sobre las empresas de trabajo temporal, el RD 5/2006, que afecta a las contratas y subcontratas, y la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción. Las tres normas, con mayor o menor intensidad, contemplan la posibilidad de extender la representación de los trabajadores a terceras empresas.

La reconstrucción de la representación de los trabajadores bajo un nuevo paradigma, la segunda de las opciones posibles, implicaría transformar la actual representación de los trabajadores y adecuarla a la estructura de los empresarios complejos que dominan las relaciones laborales contemporáneas. Las legislaciones sobre representación de los trabajadores deberían tomar la estructura descentralizada de los empresarios complejos como la estructura real sobre la que constituir los órganos de representación³⁷⁷. Al respecto, cabe citar tres ejemplos posibles de reconstrucción de la representación de los trabajadores.

El primero, es la solución articulada en Francia al admitir la representación de los trabajadores de forma unitaria, aunque pertenezcan a varias empresas, valiéndose del concepto “*Unité Economique et Sociale*”³⁷⁸ (en adelante UES). Existe una UES en aquellos casos en los pese a la existencia de varias empresas se da una concentración de poder entre ellas, hay cierta complementariedad en sus tareas productivas y,

³⁷⁶ Una solución más restrictiva, acotada a las empresas secundarias que presten sus servicios en los locales de la empresa principal, puede verse en GALLARDO MOYA, Rosario, “La articulación de los derechos colectivos...”, *op.cit.*, p. 237.

³⁷⁷ En similares términos *vid.* GALLARDO MOYA, Rosario, “La articulación de los derechos colectivos...”, *op.cit.*, p. 239.

³⁷⁸ Al respecto *vid.* GALLARDO MOYA, Rosario, “La articulación de los derechos colectivos...”, *op. cit.*, p. 241 y ss. Esta figura ha terminado siendo adaptada al ordenamiento español a través de la modificación operada por el RDL 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, que introdujo un nuevo nivel de negociación que reside en los grupos de empresa y, además, en una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas, productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación. No obstante, la incorporación plantea problemas derivados de los distintos orígenes e influencias entre la institución francesa y española. Por ejemplo, en lo atinente a la ampliación del ámbito de aplicación del convenio, no cabrá salvo declaraciones de adhesión, o la concurrencia con convenios de grupo, inadmisibles en nuestro ordenamiento. Al respecto, *vid.* FERREIRO REGUEIRO, Consuelo, “La unidad económica y social...”, *op. cit.*, p. 1958, 1962.

además, hay cierta equiparación en las relaciones laborales con sus empleados³⁷⁹. El reconocimiento de las UES facilita la representación de los trabajadores en unas estructuras de poder informales en las que, a priori, conforme a los parámetros clásicos del binomio empresa/sociedad no correspondería articular un órgano de representación³⁸⁰. Similar camino parece ser el emprendido por el legislador español al prever la posibilidad de negociar convenios de grupos de empresas³⁸¹.

Otra vía para tratar de reconstruir la representación de los trabajadores y adecuarla a las nuevas realidades empresariales sería recurrir a la negociación colectiva³⁸², que puede crear órganos de representación de carácter supranacional o mecanismos de participación –los comités de empresa mundiales y los acuerdos marco globales son el paradigma de estos instrumentos–, incluso, fomentar la participación de los trabajadores en los órganos de dirección de las sociedades.

El problema de establecer *ex novo* mecanismos de representación a través de la autonomía colectiva es la dificultad de vincular a empresas que no hayan participado en las negociaciones. Normalmente será la matriz la que negocie en nombre de las empresas secundarias, pero no olvidemos que matriz y empresas secundarias tienen personalidades jurídicas diferenciadas y, por tanto, los acuerdos suscritos por una no vinculan a las demás. Además, en cualquier caso, la eficacia jurídica de estos acuerdos se ve seriamente cuestionada fuera del ordenamiento jurídico que les sirva de soporte.

Asimismo, otro problema vinculado a la reconstrucción de la representación de los trabajadores a través de la negociación colectiva transnacional es la posición dispar de las partes negociantes. Mientras que las direcciones empresariales han globalizado su actuación con gran eficiencia, los representantes de los trabajadores, especialmente sus organizaciones sindicales, no han transitado hasta fechas muy recientes por la misma ruta. Ello sitúa a los representantes de los trabajadores en una clara posición

³⁷⁹ La Unidad Económica y Social (UES) surge en Francia en 1970 como respuesta a la práctica fraudulenta llevada a cabo por las direcciones empresariales de descomponer artificialmente sus empresas a fin de evitar la constitución de los órganos de representación de los trabajadores. Superada esa primera etapa, la UES es considerada como una auténtica unidad a los efectos de constituir los órganos de representación de los trabajadores. Para un análisis detallado de esta figura, *vid.* FERREIRO REGUEIRO, Consuelo, “La unidad económica y social...”, *op. cit.* 1958. La naturaleza de la UES ha llevado a algunos autores a equiparar esta figura con la teoría del levantamiento del velo en nuestro país, *vid.* LASAOSA IRIGOYEN, Elena, “La representación de los trabajadores en la empresa en Francia”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 43, 2003, pp. 89.

³⁸⁰ Nótese que a las UES no se les reconoce personalidad jurídica propia. Los efectos derivados del reconocimiento de la existencia de una UES, una estructura horizontal, se limitan al ámbito de la representación de los trabajadores.

³⁸¹ Al respecto *vid. supra* Capítulo 1.II.1.d La representación de los trabajadores en las empresas descentralizadas: el grupo de empresas.

³⁸² GALLARDO MOYA, Rosario, “La articulación de los derechos colectivos...”, *op.cit.*, p. 241.

de debilidad en una negociación transnacional para crear órganos de representación alternativos a los previstos en las legislaciones nacionales.

Finalmente, quizá la iniciativa que mayor reconocimiento ha cosechado para delimitar un nuevo espacio para la constitución de la representación de los trabajadores en consonancia con las nuevas organizaciones empresariales, superando el concepto de empresa tradicional, ha sido el propiciado por la Directiva 94/45/CE³⁸³, de 22 de septiembre, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria³⁸⁴.

El marco que establece la Directiva para la constitución del Comité de Empresa Europeo (CEE) no se ve obstaculizado por la presencia de un empresario complejo. Para articular la representación en un grupo de empresas el legislador comunitario ha optado por buscar el centro de poder y decisión³⁸⁵. Ese centro es el que sirve para determinar el nivel en el que debe constituirse el Comité de Empresa³⁸⁶.

No obstante, puede adelantarse que la solución adoptada es insuficiente. El Comité de Empresa solo se pone en marcha, como se verá, en las empresas en red declaradas, obviando que hay otras muchas fórmulas de organización empresarial en el nivel internacional en las que también existen relaciones de dependencia y subordinación entre las empresas³⁸⁷. La práctica cotidiana entre direcciones centrales y representantes de los trabajadores parecen dejar al margen de esta regulación las

³⁸³ Se ha señalado que la Directiva 94/45 y 2009/38, junto con la Directiva 2001/86 han cumplido un papel nada desdeñable en la construcción europea al garantizar los derechos de información y consulta en nuevas formas de organización empresarial –los grupos y empresas de dimensión comunitaria–, *vid.* NIETO ROJAS, Patricia, *Las representaciones de los trabajadores...*, *op. cit.*, p. 212.

³⁸⁴ Aunque las Directivas 94/45 y 2009/38, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, permiten de manera alternativa y en condiciones de igualdad la constitución de un Comité de empresa europeo o la aprobación de procedimientos de información y consulta, lo cierto es que las empresas han optado de forma mayoritaria por los Comités de Empresa Europeos, solo el 1% de las empresas de dimensión comunitaria se han decantado por incorporar un procedimiento de información y consulta (Informe 12/2014 del Banco de Datos del Instituto Sindical Europeo (ETUI), <http://www.EWCdb.eu>, junio 2015).

³⁸⁵ El Comité de Empresa Europeo y el comité intercentros tratan de constituir la representación de los trabajadores en el mismo nivel en el que se localiza el centro real de decisión de la empresa, son la excepción a la consideración tradicional del centro de trabajo como especio delimitador de la elección de los representantes, *vid.* BAYLOS GRAU, Antonio, “Representación en la empresa...”, *op. cit.*, p. 15.

³⁸⁶ GALLARDO MOYA, Rosario, “La articulación de los derechos colectivos...”, *op. cit.*, p. 240. Se ha señalado, en similares términos, que los Comités de Empresa Europeos evitan la organización dispersa de las empresas transnacionales y, por tanto, de sus representaciones sindicales, organizándose acudiendo a la figura del empresario unitario, el que adopta una política económica y laboral para el conjunto de la empresa; así los Comités de Empresa Europeos desempeñan una función institucional, en el sentido de que suelen actuar como contrapeso de un poder empresarial que ignora las fronteras nacionales, BAYLOS, GRAU, Antonio, “Globalización y Derecho...”, *op. cit.*, p. 43.

³⁸⁷ En el mismo sentido *vid.* GALLARDO MOYA, Rosario, “La articulación de los derechos colectivos...”, *op. cit.*, p. 240.

empresas por subordinación mediante vínculos no societarios y las empresas por coordinación. Aunque, como se verá, dicha exclusión nos está exenta de problemas.

Sin embargo, por la relación de dependencia entre las distintas sociedades de la red dominada puede parecer justificado que se establezca un nivel de coordinación e institucionalización de la representación de los trabajadores más elevada. No olvidemos que las decisiones en las empresas por dominación pueden haber sido tomadas en otra sociedad, en otro Estado. En este sentido es posible, incluso lógico, establecer diferenciaciones entre la representación de los trabajadores en las empresas en red y las redes empresariales siempre y cuando los trabajadores puedan tener acceso a una adecuada representación y canalizar sus reivindicaciones.

En cualquier caso, a pesar de los problemas y deficiencias que se señalarán en las páginas es evidente que los Comités de Empresa Europeos es el órgano de representación colectiva transnacional institucionalizado que más importancia ha alcanzado. Será analizado con detalle a continuación.

CAPÍTULO II. EL COMITÉ DE EMPRESA EUROPEO: LA RECONSTRUCCIÓN DE LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EMPRESAS DE DIMENSIÓN COMUNITARIA

I. HITOS EN LA CONSTRUCCIÓN DE LOS COMITÉS DE EMPRESA EN EUROPA

La economía contemporánea está caracterizada por continuos procesos transnacionales de concentraciones, fusiones, absorciones y asociaciones de empresas, tal y como ya se ha tenido la oportunidad de señalar. En consecuencia, cada vez de una forma más clara se produce la transnacionalización de las sociedades y grupos de empresas. Estos procesos se reproducen, como no podría ser de otra forma, también dentro del mercado único europeo³⁸⁸.

La transnacionalización de las actividades empresariales no ha sido simultánea a la de la representación de los trabajadores. Los procedimientos de información y consulta a los trabajadores previstos en las legislaciones de los Estados miembros no se adaptan con frecuencia a la estructura transnacional de la entidad que adopta la decisión que afecta a dichos trabajadores. Esa situación puede dar lugar a un trato desigual de los trabajadores afectados por las decisiones dentro de una misma empresa o de un mismo grupo de empresas³⁸⁹.

La carencia de una respuesta adecuada desde las legislaciones nacionales a los retos planteados por la transnacionalización de la organización empresarial impulsaron que las instituciones comunitarias decidieran apostar por articular un modelo de representación comunitaria de los trabajadores a través de la creación de sociedades

³⁸⁸ Así lo reconoce el legislador europeo en el considerando 9º Directiva 94/45/CE.

³⁸⁹ En este sentido *vid.* Considerando 10º Directiva 94/45/CE.

de dimensión europea, muy especialmente la Sociedad Anónima Europea, como se analizará en profundidad en el próximo capítulo. La complejidad de este objetivo retrasó su consecución y propició que se impulsaran normas parciales sobre la información y consulta de los trabajadores³⁹⁰. Concretamente, se aprobaron normas para aproximar las legislaciones nacionales en materia de despido colectivo, Directiva 75/129/CEE, y sobre la aproximación de legislaciones relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, Directiva 77/187/CEE³⁹¹.

Más importante fue, sin duda, la nueva etapa que se abrió en la legislación europea tras la aprobación de la Directiva 94/45/CE, de 22 de septiembre, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria. Aunque ya algunas sociedades habían puesto en marcha comités de grupos transnacionales –surgidos al amparo de legislaciones nacionales no específicas, tal y como se pondrá de manifiesto inmediatamente– la Directiva 94/45 daba cobertura por primera vez a la información y consulta transnacional en las sociedades de dimensión comunitaria.

La legislación comunitaria permite incorporar en este tipo de empresas un Comité de Empresa Europeo o procedimientos específicos de información y consulta alternativos al anterior. No obstante, la Directiva 94/45 y la 2009/38/CE, de 6 de mayo, que posteriormente reforma a la primera, conceden una escasa atención a estos procedimientos alternativos, hasta el punto de omitir una definición de los mismos³⁹². Quizás la falta de atención respecto de estos procedimientos se deba al interés del legislador en potenciar la constitución de los comités de empresa –órganos estables y formales– en defecto de los mismos.

Tres son los momentos clave en la evolución de la regulación de la representación de los trabajadores en Europa. En primer lugar, la representación de los trabajadores articulada al amparo de iniciativas nacionales; en segundo lugar, la aprobación de la

³⁹⁰ TORRENTS MARGALEF, Jorge, “Los comités de empresa europeos...”, *op. cit.*, p. 213. Para un análisis en mayor profundidad, *vid.* la evolución histórica de la participación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea, *infra*.

³⁹¹ Actualmente derogadas y sustituidas, respectivamente, por la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, y por la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

³⁹² *Vid.* TORRENTS MARGALEF, Jorge, “Los comités de empresa europeos...”, *op. cit.*, p. 218.

Directiva 94/45/CE, de 22 de septiembre; y, finalmente, la actualización de la anterior, acometida mediante la Directiva 2009/38/CE, de 6 de mayo³⁹³.

1. Los Comités de Empresa pioneros en la representación transnacional europea

Tradicionalmente, los sindicatos han optado por estrategias puramente nacionales en sus reivindicaciones frente a las empresas transnacionales. De hecho, hasta la década de los años 90 no se percibe una modificación en esta tendencia. No obstante, el cambio no alcanza por igual a todos los Estados, de manera que siguen perviviendo modelos de relaciones laborales más orientados hacia estrategias nacionales³⁹⁴.

De forma simultánea al aumento del interés de las organizaciones sindicales por la internacionalización de sus infraestructuras y reivindicaciones, los Estados europeos han ido incorporando la tutela de los derechos sociales como un valor más para la construcción europea. Es un hecho notorio que el origen de la creación de la Comunidad Económica Europea responde puramente a intereses económicos. Sin embargo, el avance de la Unión Económica Europea terminó necesitando desarrollar también derechos sociales y políticos. El origen de la incorporación paulatina de los derechos sociales a la agenda europea fue posible gracias al Protocolo sobre Política Social anexo al Tratado de la Unión Europea, más conocido como Tratado de Maastricht³⁹⁵, que permite la adopción de decisiones en materia social y supone la

³⁹³ La modificación acometida por la Directiva 2009/38/CE ha sido, sin duda, la más importante. No obstante, la directiva 94/45/CE también fue modificada por la Directiva 97/74/CE, de 15 de diciembre de 1997, por la que se amplió al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte la Directiva 94/45/CE sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de su procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (DO L 10, de 16 de enero de 1998).

³⁹⁴ La mayor o menor apertura a reivindicar un modelo internacional de relaciones laborales queda condicionada por los ciclos económicos, en fases expansivas es más fácil que los sindicatos puedan reivindicar un modelo más global; la baja afiliación sindical y la progresiva reducción del tamaño de las empresas contribuyen a la debilidad de los sindicatos que pueden limitarse a posiciones más nacionales; y, finalmente, la propia tradición de participación y relaciones laborales de cada Estado, la fuerte implantación y respeto por el diálogo social en un Estado favorece que los sindicatos puedan incorporar reivindicaciones internacionales a sus demandas. Sobre este triple enfoque económico, estructural e institucional puede consultarse ALBALATE, Joaquín Juan, "La implantación de...", *op. cit.*, pp. 180-181.

³⁹⁵ El Protocolo núm. 14 sobre Política Social, Anexo al Tratado de la Unión Europea permitía una Europa admite una Europa a dos velocidades en el desarrollo de los derechos sociales. No obstante, la importancia de este Protocolo Social quedó limitada por la introducción de forma simultánea de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, *vid.* RAMÍREZ MARTÍNEZ, José María, "La evolución de la política social en la Unión Europea hasta el Tratado de Lisboa", en CAMPS RUIZ, Miguel et. Al. (coord.), *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos en memoria del Profesor Ignacio Albiol Montesinos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 885-886; GÓMEZ GORDILLO, Rafael, *El Comité de Empresa Europeo*, *op. cit.*, p. 66-72; CRISTÓBAL RONCERO, Rosario, "El Comité de Empresa Europeo...", *op. cit.*, p. 158; KÖLER, Holm-Detlev, GONZÁLEZ BEGEGA, Sergio, "¿Hacia un sistema...", *op. cit.*, p. 8; TORRENTS MARGALEF, Jorge, "Los comités de empresa europeos...", *op. cit.*, p. 214; FERNÁNDEZ DOCAMPO, Beatriz, *La participación de los trabajadores en el Derecho Social...*, *op. cit.*, p. 24.

eliminación del criterio de la unanimidad para las decisiones del Consejo en materia social.

No obstante, antes de que las instituciones comunitarias incorporaran a sus objetivos la tutela de los derechos sociales, el primer gran impulso en la articulación de un modelo de representación internacional de trabajadores se produjo en los años setenta y ochenta. Surgió en Estados como Francia y Alemania, donde, al albor de sus legislaciones nacionales, se crearon los primeros comités de empresa de dimensión europea, también denominados proto-comités de empresa europeos³⁹⁶.

Estos Estados, compartiendo el análisis que más tarde llevó a la Unión Europea a aprobar la primera Directiva sobre Comité de Empresa Europeo, además de impulsar el debate a nivel europeo sobre la oportunidad y la necesidad de articular cauces internacionales de representación de los trabajadores, fomentaron, dentro de sus propias fronteras, las primeras experiencias de representación transnacional³⁹⁷.

En octubre de 1982 se aprobó en Francia la segunda Ley Auroux³⁹⁸, que permitió la constitución de comités de empresa de grupos para la información de los trabajadores en empresas de más de un centro de trabajo³⁹⁹. Esa norma es considerada como una clara promoción de los comités transnacionales, pues su objetivo era consolidar los mecanismos de representación de los trabajadores a escala de la compañía⁴⁰⁰. En 1983, la compañía transnacional Saint-Gobain, impulsada por la nueva normativa francesa, amplió informalmente su comité de empresa de grupo a trabajadores de otros centros de trabajo situados en otros Estados⁴⁰¹.

No obstante, debemos esperar hasta 1985 para que la empresa Thomson constituyera el que se considera el primer Comité de Empresa Europeo⁴⁰². Más tarde vendrían los comités de Volkswagen, con el sindicato IG Metall alemán, y el de ELF Aquitaine,

³⁹⁶ GONZÁLEZ BEGEGA, Sergio, *Empresa transnacional...*, *op. cit.*, p. 71.

³⁹⁷ BOGONI, Milena, *El Comité...*, *op. cit.*, p. 9.

³⁹⁸ Las Leyes Auroux son un conjunto de cuatro leyes que modificaron de manera importante el derecho laboral francés durante 1982 –Ley núm. 82-689 sobre la libertad de los trabajadores en la empresa, Ley núm. 82-915 sobre el desarrollo de los órganos representativos, Ley núm. 82-957 sobre la negociación colectiva y solución de conflictos laborales, y, finalmente, la Ley núm. 82 a 1097 en los comités de salud, seguridad y condiciones de trabajo–. Reciben el nombre del Ministro de Trabajo que supervisó su elaboración, Jean Auroux.

³⁹⁹ TORRENTS MARGALEF, Jorge, “Los comités de empresa europeos...”, *op. cit.*, p. 223.

⁴⁰⁰ KÖLER, Holm-Detlev, GONZÁLEZ BEGEGA, Sergio, “¿Hacia un sistema...”, *op. cit.*, p. 10.

⁴⁰¹ Contribuirían a consolidar este proceso las empresas Thomson, BSN, Bull o Scansped entre 1983 y 1989. *Vid.* KÖLER, Holm-Detlev, GONZÁLEZ BEGEGA, Sergio, “¿Hacia un sistema...”, *op. cit.*, p. 10. Para un análisis en profundidad del Comité de Empresa Europeo de la empresa Saint-Gobain, *vid.* GONZÁLEZ BEGEGA, Sergio, *Empresa transnacional...*, *op. cit.*, pp. 197-234.

⁴⁰² KÖLER, Holm-Detlev, GONZÁLEZ BEGEGA, Sergio, “¿Hacia un sistema...”, *op. cit.*, pp. 9 a 10; BOGONI, Milena, *El Comité...*, *op. cit.*, p. 9;

acordado con sindicatos franceses⁴⁰³. Ambos acuerdos, partiendo de mecanismos de representación en grupo, extienden la representación de los trabajadores a la plantilla de otros Estados⁴⁰⁴.

La ausencia de una normativa común en estos comités pioneros dificulta la delimitación de características comunes. No obstante, podemos concluir que el país en el que se encuentre la sede de la empresa determina de forma notable las características del mismo⁴⁰⁵.

En general estos primeros acuerdos limitan las competencias de los Comités a los conflictos de alcance internacional⁴⁰⁶. En función de dichas competencias, se le otorgan derechos de información y consulta sobre materias de carácter económico, financiero, social y de empleo. En otras ocasiones el derecho de información y consulta se extenderá a todas aquellas materias que no sean competencia exclusiva de los comités nacionales. También son numerosas las disposiciones referidas a la lengua en la que se comunicará el comité⁴⁰⁷.

Estas primeras iniciativas, aunque muy embrionarias y poco estructuradas, tienen una importancia capital en el desarrollo de la representación transnacional de los trabajadores, pues hasta ese momento las organizaciones sindicales se habían enfrentado siempre a los conflictos laborales a través de estrategias nacionales. Las direcciones sindicales intentaban conservar los derechos y facultades que les confería la legislación laboral de su Estado de origen y buscaban derivar los posibles efectos negativos de las decisiones empresariales, tales como despidos o traslados, a centros de trabajo situados en otros Estados⁴⁰⁸.

En nuestro país, al contrario que en los ejemplos señalados, el primer Comité de empresa de dimensión europea no surge hasta después de la transposición de la Directiva 94/45⁴⁰⁹.

⁴⁰³ ANTONELLO BENITES, Flavio, “Los Comités de Empresa Europeos...” *op. cit.*, p. 257.

⁴⁰⁴ KÖLER, Holm-Detlev, GONZÁLEZ BEGEGA, Sergio, “¿Hacia un sistema...”, *op. cit.*, p. 15.

⁴⁰⁵ La ausencia de una normativa homogeneizadora europea y el nacimiento al amparo de las normativas nacionales condicionan de forma evidente las características de estos comités. Así las direcciones y los representantes sindicales de las empresas francesas, condicionadas por la evolución y por las instituciones jurídicas básicas de su ordenamiento, pactarán comités siguiendo la tradición francesa; mientras que por su parte, las direcciones empresariales y representaciones de los trabajadores harán lo propio siguiendo sus instituciones laborales características. Al respecto *vid.* GORELLI, Juan y GÓMEZ, Rafael, “Grupos de empresas...”, *op. cit.*, p. 362.

⁴⁰⁶ GORELLI, Juan y GÓMEZ, Rafael, “Grupos de empresas...”, *op. cit.*, p. 363.

⁴⁰⁷ GORELLI, Juan y GÓMEZ, Rafael, “Grupos de empresas...”, *op. cit.*, p. 364.

⁴⁰⁸ En este sentido *vid.* KÖLER, Holm-Detlev, GONZÁLEZ BEGEGA, Sergio, “¿Hacia un sistema...”, *op. cit.*, p. 11.

⁴⁰⁹ En sentido coincidente, *vid.* ANTONELLO BENITES, Flavio, “Los Comités de Empresa Europeos...” *op. cit.*, p. 266. No obstante, debemos mencionar el meritorio Acuerdo Marco del grupo Repsol, de fecha 26 de

2. La europeización de la representación de los trabajadores

Los primeros intentos comunitarios de legislar sobre la representación transnacional de los trabajadores se remontan a 1980⁴¹⁰. Estas primeras experiencias, sin embargo, no resultaron exitosas debido, entre otros factores, a la política económica neoliberal imperante mayoritariamente durante la década de los ochenta en buena parte de los Estados miembros, con Reino Unido a la cabeza⁴¹¹.

Catorce años después del primer intento, la Unión Europea consiguió aprobar una Directiva sobre la representación transnacional de los trabajadores. La aprobación de la Directiva 94/45/CE, de 22 de septiembre, pretende, por una parte, facilitar los procesos de transnacionalización de las empresas y grupos de empresas derivados del funcionamiento del mercado interno⁴¹². Por otra, asegurar que los procesos de información y consulta con los representantes de los trabajadores se desarrollan en los centros de decisión reales de las empresas y grupos de empresas⁴¹³. Además, la Directiva intenta sortear que exista un trato diferenciado entre los distintos

noviembre de 1997 (BOE de 10 de diciembre de 1997, núm. 295), que fue acordado de forma casi paralela a la trasposición realizada por el legislador español. El acuerdo Repsol, suscrito entre la dirección de la empresa y las centrales sindicales UGT y CCOO, es un acuerdo exclusivamente nacional que, sin embargo, incorpora la creación de un comité de empresa de dimensión europea.

⁴¹⁰ Propuesta de Directiva del 24 de octubre de 1980, en torno a los procedimientos de información y consulta a los trabajadores, más conocida como “*Directiva Vredeling*”, en honor del Comisario de origen holandés que propuso su elaboración. (D.O. n° C 297, de 15.11.80, p. 3). El objetivo de esta propuesta era lograr alcanzar una armonización entre las legislaciones nacionales, capaz de limitar o impedir los supuestos de dumping social. Ante el bloqueo empresarial, se presentó una nueva propuesta de Directiva, conocida como Vredeling-Richard, el 13 de julio de 1983, con propuestas más suavizadas, que tampoco contó con el apoyo de la patronal (la propuesta modificada se publicó en el D.O. n° C 217, de 12.12.83, p. 3). Al respecto *vid.* BOGONI, Milena, *El Comité...*, *op. cit.*, p. 11; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel, “La participación de los trabajadores en empresas con estructura compleja” en *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1990, p. 69; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel, “Los derechos de información y consulta de los trabajadores y la dimensión comunitaria de la empresa” en *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1990, p. 74. PONS CARMENA, María, *La participación de los trabajadores...*, *op. cit.*, pp. 59-61. Asimismo, se han señalado como elementos impulsores de la Directiva: la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales, de 12 de junio de 1987, y el Tratado de Maastricht (TUE), de 7 de febrero de 1992, *vid.* ESPEJO MEGÍAS, Patricia, “La participación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 127. Para un análisis sobre la evolución de la regulación de los derechos de información y consulta, en el que se inserta la Directiva 94/45, *vid.* VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “Los derechos de información y consulta...”, *op. cit.*; KÖLER, Holm-Detlev, GONZÁLEZ BEGEGA, Sergio, “Génesis política...”, *op. cit.*, p. 449-453.

⁴¹¹ BOGONI, Milena, *El Comité...*, *op. cit.*, p. 11. El papel desregulador de la ideología liberal también ha sido destacado por BAYLOS GRAU, Antonio, “La autonomía colectiva en el Derecho...”, *op. cit.*, p. 20; COSTA, Isabel de y REHFELDT, Udo, “Convenios colectivos transfronterizos...”, *op. cit.*, p. 81.

⁴¹² RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel C., “Información y consulta de los trabajadores a nivel transnacional comunitario: El modelo negocial”, *Relaciones Laborales*, 1995, vol. II, p. 55.

⁴¹³ Se ha señalado que la finalidad de primer grado de la normativa comunitaria es precisamente la de facilitar el acceso a los representantes de los trabajadores a los centros de decisión de las empresas transnacionales, *vid.* MERCADER UGUINA, Jesús R., “Derechos de información y consulta...”, *op. cit.*, p. 1028. Sin embargo, sus efectos han sido limitados porque ámbito de aplicación solo incluye a grandes empresas y porque el amplio margen dejado a la autonomía de la voluntad facilita tal diversidad en los acuerdos adoptados por las partes que merma su eficacia, *vid.* ORTIZ LALLANA, Carmen, “La participación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 236-238.

trabajadores que puedan verse afectados por una misma decisión de una empresa o grupo de empresas de dimensión comunitaria en función del Estado en el que presten sus servicios⁴¹⁴.

Para cumplir con los objetivos marcados, la Directiva se separa de los principios generales que rigen las directivas comunitarias, las cuales obligan a los Estados miembro destinatarios en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios (art. 288 TFUE, antiguo 249 TCE). En el caso de la Directiva 94/45, al contrario de lo que marca la regla general, se optó por establecer, para los aspectos básicos del modelo que requieren de un tratamiento uniforme por los Estados, una regulación indisponible por Estados. Es decir, el núcleo central de la regulación de la Directiva debe ser traspuesto casi literalmente por los Estados⁴¹⁵.

La aprobación de la Directiva se consiguió solo tras un largo proceso de consultas. La dilación en el tiempo, fruto de la búsqueda de las mayorías necesarias para poder aprobar la norma, provocó que el texto de la Directiva, que en principio aspiraba a armonizar las legislaciones nacionales, terminara siendo solo una legislación de mínimos⁴¹⁶.

Factor determinante también en el largo periodo necesario para alumbrar la Directiva fue la obstaculización emprendida por la patronal europea. No obstante, al comprobar lo infructuoso de sus esfuerzos y entender que la Directiva sobre Comités de Empresa Europeos saldría adelante a pesar de su oposición, la patronal cambió finalmente su estrategia y decidió incorporarse a los diferentes grupos de trabajo que estaban redactando la Directiva para tratar de incorporar algunos de sus objetivos al texto definitivo de la misma. Su decisión terminó confirmándose como acertada. La patronal consiguió, por ejemplo, que la Directiva no reconociera ningún papel expreso a los sindicatos dentro de los comités europeos⁴¹⁷.

⁴¹⁴ Vid. Considerandos 9 a 11 de la Directiva 94/45/CE. En este sentido, se ha señalado que la Directiva buscaba “la homogeneización de las realidades de todos los trabajadores que prestaran sus servicios en empresas o grupos de empresas de dimensión transnacional a través, por tanto, de la unificación normativa” vid. ESPEJO MEGÍAS, Patricia, “La participación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 127.

⁴¹⁵ En este sentido, se ha señalado que la Directiva se desvía del “modelo típico” de directiva caracterizado por perseguir la armonización de legislaciones, vid. CORREA CARRASCO, Manuel, “Concurrencia y articulación...”, *op. cit.*, p. 8.

⁴¹⁶ BOGONI, Milena, *El Comité...*, *op. cit.*, p. 14.

⁴¹⁷ Sin duda la ausencia de un reconocimiento explícito al papel de los sindicatos en los Comités es uno de los logros del lobby empresarial. Vid. KÖLER, Holm-Detlev, GONZÁLEZ BEGEGA, Sergio, “¿Hacia un sistema...”, *op. cit.*, p. 11.

La Directiva regula los Comités de Empresa Europeos partiendo del respeto a la autonomía colectiva de las partes⁴¹⁸. Por consiguiente, los representantes de los trabajadores y la dirección de la empresa podrán configurar “a la carta” el instrumento de información y consulta que deseen incorporar a su proceso productivo⁴¹⁹. Ello hace que la regulación que puede encontrarse en la Directiva sea una regulación de mínimos aplicables solo con carácter subsidiario.

3. La revisión de la Directiva sobre Comités de Empresa Europeos

Casi desde el principio de su vigencia, surgieron voces reclamando una revisión de la Directiva 94/45. En este sentido, la Confederación de Sindicatos Europeos (ETUC) en su noveno Congreso en Helsinki (1999) mantuvo que era necesario revisar la Directiva 94/45. En ese momento ya se habían detectado varias carencias que necesitaban la actuación del legislador europeo. La ETUC proponía que la nueva versión de la Directiva debía reforzar el derecho de consulta, introducir sanciones a las empresas que incumplieran los acuerdos y potenciar el papel de los expertos sindicales, reducir los umbrales de la Directiva 64/45 y reforzar la definición de empresa que ejerce el control⁴²⁰.

En este sentido, el propio artículo 15 de la Directiva 94/45 ya establecía los plazos y el mecanismo que debía seguirse para su revisión. El texto marcaba que a más tardar el 22 de septiembre de 1999, cinco años después de la entrada en vigor de la Directiva, la Comisión establecería las oportunas conversaciones con los agentes sociales y los Estado miembro para proponer al Consejo las modificaciones necesarias. No obstante, a pesar de lo dispuesto, el comienzo de la revisión se retrasó hasta 2003 y su aprobación se demoró durante otros seis años más.

El evidente declive de los objetivos socio-laborales en la agenda comunitaria, la necesidad de centrar los esfuerzos en la ampliación comunitaria junto con la estrategia

⁴¹⁸ El respeto a la autonomía colectiva es también seña de identidad de la Directiva 2009/38, *vid.* ESPEJO MEGÍAS, Patricia, “La participación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p.130; ÁLVAREZ CUESTA, Henar, “El Comité de empresa...”, *op. cit.*, p. 32.

⁴¹⁹ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz, “El comité de Empresa Europeo y los procedimientos alternativos de información y consulta” en GARCÍA MURCIA, Joaquín (Coord.), *La transposición del derecho social comunitario al ordenamiento español: un balance en el XX aniversario de la incorporación de España a la Comunidad Europea*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005, p. 531. El sistema instaurado por la Directiva 94/45/CE es tan flexible que, en realidad, se ha afirmado que la única obligación impuesta por la misma a la dirección de la empresa es la de iniciar las negociaciones cuando así sea solicitado por los trabajadores o por sus representantes, *vid.* ORTIZ LALLANA, Carmen, “La participación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 241.

⁴²⁰ BUSCHACK, Willy, “Balance del funcionamiento de los Comités de Empresa Europeos” en CCOO, *Los Comités de Empresa en España*, Madrid, 2001, pp. 12-18.

obstruccionista de la patronal comunitaria, ya puesta en práctica en la redacción de la Directiva 94/45, parecen ser las explicaciones más factibles de ese retraso⁴²¹.

La reactivación del proceso de revisión de la Directiva paradójicamente tuvo su mejor aliado en la desaceleración en la constitución de comités de empresas. Tras el abrumador éxito en el número de comités constituidos durante el bienio 1994-1996, la inercia se debilitó notablemente, llegando a unos niveles que alarmaron a las instituciones europeas⁴²².

En definitiva, las necesidades de adaptar las previsiones de la Directiva al nuevo contexto europeo y con el objetivo de superar y mejorar la deficiencias detectadas en la aplicación de la regulación hasta ese momento, motivó que quince años después se aprobara una revisión de la regulación existente a través de la Directiva 2009/38/CE, de 6 de mayo⁴²³.

Aunque se abordarán con un mayor detenimiento en el siguiente apartado, sucintamente podemos señalar que las novedades más importantes que incorpora la Directiva en la regulación de los procesos de información y consulta de los trabajadores pueden concretarse en los siguientes aspectos⁴²⁴:

Incorpora una definición del derecho de información que se inspira en la definición contenida en la Directiva 2001/86/CE, de participación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea, y amplía la definición del derecho de consulta recogido en la Directiva 94/45⁴²⁵. El objetivo de dichas modificaciones es garantizar que la información y consulta con los trabajadores se realiza en el momento oportuno y no cuando la medida empresarial está absolutamente decidida y sin posibilidad de influir en ella por parte de la representación de los trabajadores.

⁴²¹ En similares términos *vid.* KÖLER, Holm-Detlev, GONZÁLEZ BEGEGA, Sergio, “La Directiva 2009/37/CE...”, *op. cit.*, p. 173 y ss.

⁴²² Desde septiembre de 1994 a septiembre de 1996 se constituyeron 482 Comités de Empresa Europeos. En los siguientes años el número de Comités constituidos en la Unión fueron significativamente más bajos (entre 1985 y agosto de 1994, los años en los que no hubo regulación comunitaria, se constituyeron 40 Comités de Empresa Europeos; entre septiembre de 1994 y finales de 1996: 482 Comités de Empresa Europeos, 400 de ellos solo durante 1996; entre 1997 y 2008: 618 comités y entre 2009 hasta abril de 2016: 224 comités), Base de datos sobre Comités de empresa europeos del Instituto Sindical Europeo (ETUI), <http://www.ewcdb.eu>, abril 2016.

⁴²³ DOUE de 16 de mayo de 2009, L 122/28. Se ha criticado la redacción de la nueva Directiva por su carácter escasamente innovador respecto de la Directiva precedente, *vid.* ESPEJO MEGÍAS, Patricia, “La participación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 137.

⁴²⁴ Un resumen de las modificaciones más importantes introducidas por la nueva Directiva puede consultarse en KÖLER, Holm-Detlev, GONZÁLEZ BEGEGA, Sergio, “Génesis política...”, *op. cit.*, pp. 460-463.

⁴²⁵ KÖLER, Holm-Detlev, GONZÁLEZ BEGEGA, Sergio, “La Directiva 2009/37/CE...”, *op. cit.*, p. 177. Las influencias entre las Directivas sobre Comités de Empresa Europeos y sobre la participación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea son muy intensas, al respecto JAGODZINSKI, Romuald, “The EWC directives...”, *op. cit.*, p. 274.

Además, la Directiva modifica la definición de transnacionalidad para clarificar las competencias del Comité de Empresa Europeo e introduce criterios para repartir y ordenar las competencias entre los comités nacionales y el Comité de Empresa Europeo⁴²⁶.

También incluye nuevas referencias y derechos como: solicitar formación a costa de la empresa, a la celebración de reuniones preparatorias, al asesoramiento por parte de expertos de procedencia sindical, o a la obligación de informar a los agentes sociales europeos de la apertura de negociaciones.

Por último, la actualización de la Directiva obliga a las empresas a informar a los agentes sociales europeos de la apertura de negociaciones conducentes a la creación de un Comité de Empresa Europeo y obliga a la dirección de la compañía a proporcionar al Comité de Empresa Europeo los medios necesarios para el desarrollo adecuado de sus funciones⁴²⁷.

En conclusión, el texto de la Directiva es decepcionante desde el punto de vista sindical. La redacción presentada por la Comisión en 2007 era mucho más ambiciosa que la redacción resultante fruto de la negociación y de cesiones sindicales⁴²⁸. A pesar de ello, los sindicatos europeos pensaron que era mejor tener una Directiva actualizada, aunque menos ambiciosa, a seguir postergando la actualización de la Directiva 94/45/CE.

II. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL COMITÉ DE EMPRESA EUROPEO AL AMPARO DE LAS DIRECTIVAS 94/45/CE Y 2009/38/CE

Según los últimos datos estadísticos disponibles sobre los Comités de Empresa Europeos, facilitados por el Instituto Sindical Europeo⁴²⁹, de las 2.492 empresas que reúnen las características necesarias para poder constituir un comité de empresa a

⁴²⁶ BOGONI, Milena, *El Comité...*, *op. cit.*, p. 19

⁴²⁷ KÖLER, Holm-Detlev, GONZÁLEZ BEGEGA, Sergio, “Génesis política...”, *op. cit.*, p. 459.

⁴²⁸ KÖLER, Holm-Detlev, GONZÁLEZ BEGEGA, Sergio, “La Directiva 2009/37/CE...”, *op. cit.*, p. 187.

⁴²⁹ A pesar de que las organizaciones sindicales europeas propusieron en diversas ocasiones que las Directivas debían contar con un registro público y oficial que recogiera los acuerdos en vigor, lo cierto es que esta posibilidad no se terminó de incluir finalmente en la normativa europea. De tal suerte, que los únicos datos globales son los facilitados por la base de datos elaborada por el Instituto Sindical Europeo (ETUI). El problema es que esta base de datos, al no ser oficial, no cuenta con todos los acuerdos vigentes porque las partes no tienen la obligación de comunicar si se ha alcanzado algún acuerdo. Además, respecto de aquellos acuerdos que sí están recogidos, se plantea la duda de si todos permanecen en vigor. Téngase en cuenta que las partes han podido denunciar el acuerdo o renegociar el mismo, a consecuencia de un cambio en la estructura o un cambio en el Estado sede de la dirección central. A pesar de las reservas con las que deben acogerse los datos provenientes de esta fuente, lo cierto es que es la base de datos más completa, esta puede consultarse en: <http://www.ewcdb.eu/stats-and-graphs>.

nivel europeo, solo 1.089 mantienen en activo uno⁴³⁰. La mayoría de los Comités de Empresa Europeos vigentes se han acordado en empresas del sector del metal y química⁴³¹, más de 580 comités, y dentro de pequeñas grandes empresas, menos de 5.000 trabajadores. Asimismo, el 52% de las empresas que constituyen su Comité de Empresa Europeo tienen un alto grado de internacionalización, teniendo presencia en más de 10 Estados.

El escaso número de empresas con Comités de Empresa Europeos⁴³², menos de la mitad de las empresas que reúnen los requisitos para incorporar uno han optado por hacerlo, invita a reflexionar sobre los posibles errores cometidos en la regulación comunitaria. Los datos no mejoran si los analizamos por países⁴³³. La representación sindical de los trabajadores en cada Estado es muy superior a los niveles que pueden observarse en el ámbito europeo⁴³⁴.

Los datos en nuestro país son también preocupantes. No obstante, la baja presencia de Comités de Empresa Europeos se ha justificado en la tradición de nuestras empresas, más centradas en la internacionalización hacia Iberoamérica, o en la naturaleza de esas propias empresas y en los equilibrios internos de las mismas⁴³⁵.

⁴³⁰ Desde la constitución del primer Comité Europeo se han llegado a formalizar más de 1403 comités. No obstante, se señalan los vigentes a fecha de la elaboración del informe teniendo en cuenta que algunos de dichos acuerdos se han extinguido como consecuencia de la desaparición o fusión de compañías. Además, en este momento, 55 sociedades o grupos de empresas se encuentra en negociaciones para incorporar a sus compañías un procedimiento de información y consulta de sus trabajadores.

⁴³¹ CARLEY, Mark, MARGINSON, Paul, *Negotiating European Works Councils. A comparative study of article 6 and article 13 agreement*, Eurofound Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublin, 2000, p. 7.

⁴³² Sobre la atonía general en el proceso de constitución de los Comités de Empresa Europeos *vid.* GONZÁLEZ BEGEGA, Sergio, KÖLER, Holm-Detlev y ARANEA, Mona, “La información y consulta de trabajadores en empresas transnacionales. Dimensiones y despliegue práctico de los comités de empresa europeos” en *Revista de Derecho Social*, vol. 72, 2015, p. 193.

⁴³³ La tradición jurídica, la normativa vigente o las tasas de sindicación no permiten explicar por qué en países como Reino Unido la tasa de cobertura de los comités de empresa europeos está en 44,78%, en Bélgica 53,84%, en Suecia 48,8%, en Francia 46,42%, en Dinamarca 46,15%, en Italia 41,1%, en Alemania 30,93%, en España 21%, en Grecia 11,1% o en Portugal 11,11%. Porcentajes elaborados a partir de la base de datos sobre Comités de empresa europeos del Instituto Social Europeo (ETUI), <http://www.ewcdb.eu>, septiembre 2014. No obstante, téngase en cuenta que en cada Estado pueden estar operando más Comités de Empresa Europeos de los que podrían deducirse de estos porcentajes. La diferencia entre los comités operativos y los porcentajes indicados, además de provenir de las reservas con las que deben tomarse los datos provenientes de la base de datos del ETUI, que ya han sido reseñados en la nota al pie 429, radica en que el porcentaje solo tiene en cuenta a las empresas con sede en esos Estados y con un comité constituido públicamente; mientras que deja fuera a aquellas otras empresas con sede en otros Estados y Comités de Empresa Europeos constitutivos que puedan operar en esos otros Estados.

⁴³⁴ La tasa de representación sindical en las grandes empresas es un 30% superior. Bélgica 98,3%, Suecia 92,7%, Reino Unido 60,9%, Francia 97,1%, Dinamarca 98,5%, Italia 85,7%, Alemania 82,7%, España 93,3%, Grecia 48,3%, Portugal 62,4%. Datos de la encuesta de empresas 2013 de Eurofound. Para un análisis detallado al respecto *vid.* BENEYTO, Pere J., “La representación de los trabajadores en la Unión Europea y España”, en *Estudios Fundación Primero de Mayo*, número 78, febrero 2014.

⁴³⁵ Al respecto BOGONI, Milena, *El Comité...*, *op. cit.*, p. 73.

La realidad descrita ha atravesado diferentes etapas en su regulación jurídica. Corresponde ahora abordar el análisis de su régimen jurídico. En concreto, la regulación europea de los Comités de Empresa Europeos a lo largo del tiempo, realizada a través de las dos Directivas citadas, nos permite diferenciar cuatro regímenes jurídicos posibles:

- 1) Los acuerdos voluntarios⁴³⁶: son, fundamentalmente⁴³⁷, aquellos que se acordaron antes de la entrada en vigor de la Directiva 94/45/CE, o aquellos acuerdos celebrados al amparo del artículo 13 de la Directiva 94/45/CE, que establecía que los acuerdos adoptados desde la aprobación de la Directiva hasta el 22 de septiembre del año 1996 no estarían vinculados por las obligaciones derivadas de la misma⁴³⁸.
- 2) Los acuerdos de primera generación: son los acuerdos suscritos respetando el régimen jurídico previsto por la Directiva 94/45, sin que hayan sido renovados.
- 3) Acuerdos de primera generación revisados: son los acuerdos originarios acordados al amparo de la Directiva 94/45, pero revisados antes de la entrada en vigor de la nueva Directiva o hasta el 5 de junio de 2011, también entrarían dentro de esta categoría los acuerdos que se suscribieron por primera vez una vez aprobada la Directiva 2009/38, pero al amparo de la Directiva 94/45.
- 4) Finalmente, los acuerdos de segunda generación, que serían los acuerdos en aplicación de la Directiva 2009/38⁴³⁹.

En primer lugar, el balance que puede hacerse de los comités voluntarios es decepcionante desde la perspectiva de la representación de los trabajadores⁴⁴⁰. Estos

⁴³⁶ También han sido denominados: acuerdos de anticipación, GÓMEZ GORDILLO, Rafael, “La reforma de la ley sobre derechos...”, *op. cit.*, p. 116, o proto-comités, GONZÁLEZ BEGEGA, Sergio, KÖLER, Holm-Detlev y ARANEA, Mona, “La información y consulta de ...”, *op. cit.*, p. 189.

⁴³⁷ Otro escenario en el que es posible mantener la vigencia del acuerdo voluntario es el de la necesaria adaptación del pacto a la nueva organización de la empresa tras una modificación sustancial de la estructura empresarial. En este supuesto, el acuerdo voluntario originario podría mantenerse vigente siempre y cuando este contuviera reglas que contemplaran esta contingencia. *Vid.* GÓMEZ GORDILLO, Rafael, “La reforma de la ley sobre derechos...”, *op. cit.*, p. 117. De lo contrario, el propio artículo 13 Directiva 94/45 dispone que en caso de no ser posible la prórroga del acuerdo se aplicarán las obligaciones derivadas de la propia Directiva.

⁴³⁸ Téngase en cuenta que en un principio la Directiva 94/45CE excluía de su ámbito de aplicación al Reino Unido e Irlanda del Norte, no fue hasta la Directiva 97/74/CE, de 15 de diciembre de 1997, cuando se amplió el ámbito de aplicación de la Directiva 94/45 y empezó a aplicársele a Reino Unido e Irlanda del Norte. No obstante, al igual que sucedió para el resto de los Estados miembro, se concedió un periodo de dos años para que las empresas de estos Estados pudieran suscribir acuerdos voluntarios no vinculados por las obligaciones derivadas de la Directivas comunitarias. Por tanto, el periodo de acuerdos voluntarios en el Reino Unido e Irlanda del Norte se extiende hasta el 15 de diciembre de 1999.

⁴³⁹ *Vid.* GÓMEZ GORDILLO, Rafael, “La reforma de la ley sobre derechos...”, *op. cit.*, pp. 116-120.

⁴⁴⁰ KÖLER, Holm-Detlev, GONZÁLEZ BEGEGA, Sergio, “¿Hacia un sistema...”, *op. cit.*, p. 17. En sentido contrario, podría argüirse que lo importante de estos comités no son sus efectos directos sino si generan en la empresa una inercia negociadora *vid.* CARLEY, Mark, MARGINSON, Paul, *Negotiating European Works Councils...*, *op. cit.*, p. 47. En este sentido, se ha señalado que estos Comités son positivos en la medida en la que permiten alcanzar los objetivos previstos por la Directiva, pero de una forma menos formalista. Es decir,

comités han tendido a ser órganos casi simbólicos⁴⁴¹. Por el contrario, estos acuerdos pueden resultar especialmente ventajosos para las empresas, pues pueden regular los comités al margen de las prescripciones de la Directiva⁴⁴².

Este tipo de acuerdos están en retroceso. Han pasado de representar el 42% del total de los Comités de Empresa Europeos en el año 2009 al 32% en el año 2016, pues no pueden suscribirse nuevos comités al amparo de esta regulación. No obstante, los acuerdos ya vigentes conforme a este régimen jurídico, podrán continuar en vigor mientras las partes acuerden conjuntamente su prórroga. En principio, la Directiva no fija ninguna condición adicional para el mantenimiento de la vigencia de estos acuerdos⁴⁴³. La normativa española, Disposición Adicional Primera de la Ley

este tipo de comités serían más una forma de cumplir con los objetivos de la Directiva que una fórmula para evitarla, *vid.* ESPEJO MEGÍAS, Patricia, “La participación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 134 y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel C., “Información y consulta de los trabajadores a nivel transnacional comunitario: El modelo negocial”, *op. cit.*, p. 53.

⁴⁴¹ Según su funcionamiento y competencias se han diferenciado entre distintos tipos de comités: simbólicos, proveedores de servicios, de proyecto orientado y participativos. Comités simbólicos: una vez alcanzado el acuerdo de su creación, su actividad se limita normalmente a una reunión anual con la dirección de la compañía. Comités proveedores de servicios: en este caso los representantes consiguen crear incipientes canales de comunicación y de ayuda interna entre los diferentes representantes nacionales, pero no llegan a definir unos objetivos comunes transversales a todos o a algunos de las empresas del grupo o centros de trabajo; normalmente aquellos miembros que pertenezcan a estructuras más fuertes asumen el papel de prestar y capitanear la prestación de servicios, información y apoyo, a los demás (Los comités surgidos durante la fase voluntaria suelen ser de tipo simbólico o proveedor de servicios). Comités de Proyecto orientado: este comité, además de cumplir con los mecanismos de comunicación del comité proveedor de servicios, trata de elaborar mecanismos de comunicación entre todos los trabajadores del grupo y de establecer mecanismos que eviten conflictos entre los objetivos de las diferentes delegaciones nacionales representadas en el comité europeo, su objetivo es el de consolidar la autonomía del propio órgano de representación de los trabajadores. Comités participativos: este es el comité que más desarrolla sus posibles competencias de información y consulta. Este tipo de comité llega incluso a lograr competencias en materia de negociación. Este es el comité del que menos ejemplos es posible encontrar. Una excepción interesante es el caso de Ford-Visteon, donde el comité de empresa europeo fue el interlocutor de la dirección de la empresa en el proceso de descentralización emprendido por la empresa. Se llegó incluso a articular un frente común entre el Comité de empresa europeo y la Unión de Trabajadores del Automóvil, sindicato norteamericano. Fruto de esas negociaciones se llegó a un acuerdo entre los representantes de los trabajadores y la dirección de la empresa el 25 de enero de 2000, que posteriormente fue ratificado conforme a los procedimientos nacionales correspondientes para asegurar la eficacia jurídica del mismo. Caso similar es el del Comité de Empresa Europeo de General Motors-Opel, que tras una campaña de fuerte presión logro que las direcciones empresariales negociaran con los Comités de Empresa Europeos las condiciones laborales a aplicar en las estructuras empresariales que se crearían tras la alianza de ambas compañías. Al respecto, consúltese: KÖLER, Holm-Detlev, GONZÁLEZ BEGEGA, Sergio, “¿Hacia un sistema...”, *op. cit.*, pp. 24-25; ANTONELLO BENITES, Flavio, “Los Comités de Empresa Europeos y su desarrollo en Alemania”, *op. cit.*, pp. 169-178; TORRENTS MARGALEF, Jorge, “Los comités de empresa europeos...”, *op. cit.*, pp. 227-228; PLATZER, Hans-Wolfgang, “Approaching and theorizing European Works Councils: comments on the emergence of a European multi-level-structure of employee involvement and participation”, HERWIG, Markus, PRIES, Ludger y RAMPELTSCHAMMER, Luitpold (Ed.), *European Works Councils in complementary perspectives*, ETUI, Bruselas, 2009, pp. 56-58. La negociación en el sector automovilístico, que tradicionalmente ha sido uno de los baluartes del sindicalismo, es analizada con mayor detalle en COSTA, Isabel de y REHFELDT, Udo, “Convenios colectivos transfronterizos...”, *op. cit.*, pp. 83-88.

⁴⁴² BOGONI, Milena, *El Comité...*, *op. cit.*, p. 68. En este sentido, muchas empresas alemanas acudieron a este procedimiento voluntario para “escapar” de las prescripciones de la Directiva, *vid.* ANTONELLO BENITES, Flavio, “Los Comités de Empresa Europeos y su desarrollo en Alemania”, *op. cit.*, p. 155.

⁴⁴³ Art. 13 Directiva 94/45 y art. 14 Directiva 2009/38.

10/1997, de 24 de abril, sin embargo, ha ido un paso más allá y exige que estos acuerdos hayan sido suscritos por quién está legitimado para negociar convenios colectivos de eficacia general (art. 87 y 88 ET), que hayan sido formalizados por escrito y publicados en el BOE⁴⁴⁴. No obstante, la aplicación práctica de estas disposiciones ha tenido un escaso margen de actuación en nuestro país, donde no existían acuerdos previos a la aprobación de la Directiva.

En cuanto a los acuerdos de primera y segunda generación, su régimen jurídico viene determinado, como se ha señalado, por las Directivas 94/45 y 2009/38. Estas Directivas se caracterizan por asignar un importantísimo papel a las legislaciones nacionales y a los interlocutores sociales a través del principio de subsidiariedad, en su doble acepción vertical y horizontal⁴⁴⁵.

Las legislaciones nacionales tienen un amplio margen de concreción de las disposiciones contenidas en las Directivas⁴⁴⁶, deben aclarar importantes aspectos de la regulación comunitaria o mejorar las disposiciones de la misma⁴⁴⁷. No obstante, algunas materias que constituyen el núcleo del modelo que trata de implantar la

⁴⁴⁴ En este sentido, se ha afirmado que la posición de la Ley española es más equilibrada que las disposiciones de la Directiva respecto del papel reservado para los acuerdos preexistentes. Habría sido más acertado que la Directiva hubiera contemplado requisitos adicionales para mantener la vigencia, como exigir un contenido mínimo, o, lo que quizá sería más sencillo, limitando temporalmente la prórroga de los acuerdos y obligando a las partes a negociar un nuevo acuerdo tras la expiración del plazo máximo sometido a las disposiciones de las Directivas, *vid.* CORREA CARRASCO, Manuel, “Concurrencia y articulación...”, *op. cit.*, p. 26. No obstante, no se ha seguido la recomendación efectuada por el CES, que aconsejaba someter que solo se respetarían los acuerdos suscritos de conformidad con el régimen dispuesto en el Título III ET, en este sentido, la ley establece, por tanto, un régimen más favorable que el defendido por el órgano consultivo, la ley trata de potenciar el apoyo y promoción de los acuerdos voluntarios. No obstante, en la práctica tal diferenciación carece de sentido, pues ninguna empresa o grupo de empresas español acordó ningún acuerdo de constitución de un Comité de Empresa Europeo antes de la entrada en vigor de las Directivas y de la Ley que traspuso las mismas a nuestro ordenamiento, *vid.* MERCADER UGUINA, Jesús R., “Derechos de información y consulta...”, *op. cit.*, p. 1044.

⁴⁴⁵ La diferenciación entre subsidiariedad horizontal y vertical se encuentra recogida en el informe elaborado por el Comité Económico y Social (CES) sobre el “Anteproyecto de Ley sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria” (Pleno del CES, 24 enero de 1996), p. 6.

⁴⁴⁶ La transposición de esta materia a los ordenamientos nacionales podía realizarse por vez primera, gracias a las disposiciones del protocolo social anexo al Tratado de Maastricht, mediante disposiciones legales, reglamentarias o administrativas del legislador nacional o mediante el acuerdo de los interlocutores sociales nacionales. No obstante, quizá por ser la primera vez que se permitía la transposición a través de los interlocutores sociales, los Estados optaron de forma mayoritaria por implementar la transposición a través de actos legislativos. Únicamente el acuerdo de los interlocutores sociales permitió incorporar a Bélgica las prescripciones de las Directivas (Convenios Colectivos de fecha 6 de febrero de 1996 y 21 de diciembre de 2010). Asimismo, los interlocutores sociales en Italia impulsaron y acordaron una propuesta de reforma para incorporar a la legislación italiana los cambios derivados de la Directiva 2009/38, aunque, finalmente, dichos cambios fueron plasmados a través del Decreto Legislativo de 2 de abril de 2002, núm. 74, y de 22 de junio de 2012, núm. 113.

⁴⁴⁷ En este sentido, el informe elaborado por el Comité Económico y Social Europeo (CESE) sobre la propuesta de Directiva para reformar la Directiva 94/45 (COM 2008 419 final – 2008/0141 COD), reconocía que los Estados miembro siempre podrán elevar el nivel de exigencia al proceder a la transposición, p. 3.

normativa comunitaria, por su propia naturaleza, quedan fuera del margen de concreción y los Estados se ven limitados a transcribir lo previsto en las Directivas⁴⁴⁸.

Los interlocutores sociales también tienen reservado un importante papel en la ejecución de las Directivas 94/45 y 2009/38 a partir del principio de subsidiariedad horizontal. Los acuerdos adoptados por las partes serán de aplicación preferente respecto de las reglas dispuestas por el legislador comunitario y por los legisladores nacionales⁴⁴⁹.

Los acuerdos de primera generación, son aquellos que se alcanzaron al amparo del artículo 6 de la Directiva 94/45, una vez superada la fase de suscripción voluntaria prevista en el artículo 13. El balance de estos comités, nuevamente desde la óptica de la representación de los trabajadores, es más favorable que el referido a los acuerdos voluntarios. En buena medida la responsabilidad del éxito puede imputarse a que su creación se acomete apoyándose en una cobertura legal uniforme y recogiendo buenas prácticas de los comités surgidos en periodos anteriores⁴⁵⁰.

Finalmente, los acuerdos de segunda generación son los acuerdos de constitución más recientes, respetando la Directiva 2009/38/CE que también prevé que las empresas pueden optar por articular procedimientos de información y consulta autónomos o como parte de su Comité de Empresa Europeo, al igual que hiciera antes la Directiva 94/45/CE. No obstante, a pesar de las alternativas planteadas, lo cierto es que las empresas que han abierto negociaciones han optado mayoritariamente por constituir Comités de Empresa Europeos e incluir dentro de los mismos los procesos de información y consulta.

La aplicación práctica de ambas Directivas y del derecho español, que desarrolla aquellas disposiciones en las que las propias Directivas reclaman la actuación de los

⁴⁴⁸ En este sentido, en la Directiva pueden encontrarse normas complementarias, que deben ser auxiliadas por la normativa nacional, como, por ejemplo, el régimen jurídico de las informaciones confidenciales y secretas a las que tengan acceso el comité, los gastos de funcionamiento de la comisión negociadora, la forma en la que los trabajadores sin representantes nacionales por motivos ajenos a su voluntad podrán elegir representantes en el Comité de Empresa Europeo, el sistema de cómputo de los trabajadores, el concepto de representante de los trabajadores, las garantías de estos, las disposiciones subsidiarias que regirán el Comité de Empresa Europeo en defecto de acuerdo o, entre otras materias, las sanciones que corresponderán en caso de incumplimiento de las prescripciones de la Directiva; normas suplementarias, aquellas previsiones de las Directivas que pueden ser mejoradas por las normativas nacionales, como, por ejemplo, la ampliación de los supuestos que habilitan la aplicación de las disposiciones subsidiarias, las materias sobre las que versará la información y consulta; y, finalmente, normas excluyentes, aquellas que por su importancia son recogidas casi literalmente o con ligeras adaptaciones a la normativa nacional, tales como las definiciones de los conceptos básicos realizada por los artículos 1 y 2 o la composición de la comisión negociadora. Al respecto, *vid.* CORREA CARRASCO, Manuel, “Concurrencia y articulación...”, *op. cit.*, pp. 14-20.

⁴⁴⁹ Considerando 15º Directiva 94/45 y 19º Directiva 2009/38. Se ha llegado a afirmar que la importancia de la autonomía colectiva es aún mayor que la del principio de subsidiariedad vertical, al respecto *vid.* ESPEJO MEGÍAS, Patricia, “La participación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 131.

⁴⁵⁰ KÖLER, Holm-Detlev, GONZÁLEZ BEGEGA, Sergio, “¿Hacia un sistema...”, *op. cit.*, p. 18.

legisladores de los Estados miembros, plantean algunos interesantes interrogantes que merecen un análisis pausado.

1. Sujetos legitimados y responsabilidad: Ámbito de aplicación de la normativa europea

La obligación de incorporar procedimientos de información y consulta, prevista en la Directiva 2009/38, a través de uno o más procedimientos de información y consulta o de un Comité de Empresa Europeo, solo vincula a aquellas empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria. Este deber resulta de aplicación a todas las grandes empresas o centros de trabajo situados en los Estados de la Unión o del Espacio Económico Europeo, independientemente del país de origen de su sede central⁴⁵¹.

Por el contrario, quedan fuera del ámbito de aplicación los grupos y empresas nacionales, por muy importantes que sean y por muchos trabajadores que empleen⁴⁵². Asimismo, las obligaciones derivadas de esta normativa tampoco resultan de aplicación a aquellas empresas o centros de trabajo ubicados fuera de las fronteras de la Unión, aunque formen parte de empresas o grupos de empresas que sí tengan centros o empresas dentro de las fronteras de la Unión. Incluso aunque las empresas o los centros de trabajo fuera de la Unión sean más grandes, importantes o empleen a un mayor número de personas. No obstante, la Directiva prevé que las partes puedan alcanzar un acuerdo a través del cual se amplíe la representación de los trabajadores a Estados no miembros de la Unión Europea⁴⁵³.

La tarea, en apariencia sencilla, de determinar cuándo una empresa o un grupo de sociedades tiene dimensión comunitaria no está exenta de problemas. El propio legislador comunitario, tanto en la Directiva de 1994 como en la revisión efectuada en el año 2009, se encarga de determinar qué debemos entender por dimensión

⁴⁵¹ La Directiva 94/45/CE se aprobó al amparo del protocolo sobre política social anexo al Tratado de Maastricht. El acuerdo, basado en la Carta social adoptada en 1989, autorizaba a los entonces once Estados miembros restantes a aplicar sin el Reino Unido un texto más ambicioso que el capítulo relativo a la política social en la Comunidad. Dicho acuerdo fue finalmente incorporado al texto del Tratado de Ámsterdam. En consecuencia, en el momento de la aprobación de la Directiva 94/45/CE quedan fuera de su ámbito de aplicación el Reino Unido e Irlanda del Norte. Es la aprobación de la Directiva 97/74/CE la que permite extender el ámbito de aplicación a dichos Estados.

⁴⁵² GÓMEZ GORDILLO, Rafael, *El Comité de Empresa Europeo*, op. cit., p. 166.

⁴⁵³ Art. 1.5 Directiva 2009/38. Esta posibilidad de extender la representación a terceros ha sido implementada también por algunos ordenamientos nacionales. Por ejemplo, nuestro país, art. 9.3 LCEE, y Francia, art. L439-18 LFCÉE permiten que en las reuniones de la comisión negociadora participen con voz, pero sin voto, representantes elegidos por los trabajadores de los Estados no miembro cuando así lo decidan de común acuerdo la comisión negociadora y la dirección central. Alemania, por su parte, prevé que cuando la comisión negociadora y la dirección central estén de acuerdo en ampliar la representación a terceros Estados, se deberá incorporar representantes de esos terceros Estados a la comisión negociadora y acordarse el número y estatuto que se les otorgará (§ 14 EBRG).

comunitaria⁴⁵⁴. Para recibir dicha calificación las empresas o las empresas del grupo deben emplear a 1.000 o más trabajadores en el conjunto de los Estados miembros y, por lo menos, dar empleo a 150 o más trabajadores en dos centros o empresas del grupo ubicados en dos Estados diferentes. Los umbrales para considerar que una empresa posee dimensión comunitaria se han mantenido en la Directiva actualizada, aunque las organizaciones sindicales habían insistido en reiteradas ocasiones sobre la conveniencia de reducir a 500 trabajadores en el conjunto de la Unión Europea y a 100 trabajadores en dos o más centros en dos Estados diferentes⁴⁵⁵.

Sobre el umbral numérico de trabajadores escogido para delimitar cuándo una empresa tendrá dimensión comunitaria, debemos señalar que si bien es cierto que no es excepcional que las normas comunitarias restrinjan sus efectos a sociedades en función del volumen de empleo de la sociedad⁴⁵⁶, dicha restricción respecto de los Comités de Empresa Europeos sí podría entrar en conflicto con el objetivo que dicen perseguir las Directivas. La Directiva 2009/38 establece en sus propios considerandos, al igual que antes hacía la directiva 94/45, que su objetivo es tratar de solventar los problemas detectados en los procedimientos de información y consulta previstos en las legislaciones nacionales de los Estados miembros que no siempre se adaptan a las estructuras transnacionales de las compañías de dimensión comunitaria⁴⁵⁷. En este sentido, es difícilmente conciliable la consecución de este objetivo con la limitación del ámbito de aplicación a determinadas empresas transnacionales en función de su número de trabajadores. Por tanto, la delimitación del ámbito de aplicación subjetiva de la Directiva sobre Comités de Empresa Europeos no debería estar condicionada por el número de trabajadores afectados por la norma, sino por la dimensión transnacional de la empresa. De tal suerte que toda empresa con implantación en varios Estados miembros debería adaptar sus procedimientos de información y consulta a los requerimientos comunitarios.

No obstante, mientras se mantenga el umbral cuantitativo es necesario abordar el análisis de su aplicación. La determinación del cómputo de los trabajadores que prestan sus servicios en la empresa o grupo de empresa, cuestión más compleja de lo que podría parecer en el caso de los trabajadores con contrato sujeto a término o de

⁴⁵⁴ Artículos 2 letras a y c Directivas 94/45 y 2009/38.

⁴⁵⁵ Esta reclamación puede encontrarse, por ejemplo, en la declaración de la ETUC de mayo de 2008, ETUC, *About European Works Councils (EWCs)*, Mayo, 2008, <https://www.etuc.org/european-works-councils-EWCs> [Consultado el 25 de septiembre de 2015]. Referencias a esta y otras reclamaciones pueden encontrarse en KÖLER, Holm-Detlev, GONZÁLEZ BEGEGA, Sergio, “Génesis política...”, *op. cit.*, p. 463.

⁴⁵⁶ Puede citarse, por ejemplo, la Directiva 2002/14/CE, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea, también limita su marco de actuación a las empresas que empleen al menos 50 trabajadores o a los centros de trabajo que empleen por lo menos a 20 trabajadores. Al respecto puede consultarse BOGONI, Milena, *El Comité...*, *op. cit.*, p. 17.

⁴⁵⁷ Considerando §10 Directiva 94/45 y §11 Directiva 2009/38.

los contratos a tiempo parcial, deberá ser calculada con arreglo a la media de los trabajadores, incluidos los trabajadores a tiempo parcial, contratados durante los dos años precedentes, calculados con arreglo a las prácticas nacionales⁴⁵⁸.

Las Directivas optan aquí por forzar la colaboración de los distintos ordenamientos nacionales, en detrimento de fijar un cómputo uniforme a todos los ordenamientos. Las reglas nacionales nos permitirán determinar la dimensión de la sociedad en ese Estado y la conjunción de los distintos ordenamientos nacionales fijará la dimensión comunitaria o no de la sociedad o del grupo. El problema es que las reglas nacionales pueden alumbrar diferencias entre los distintos Estados, sobrerrepresentado o infrarrepresentando las plantillas de trabajadores que una sociedad tiene en un Estado en comparación con las de otro⁴⁵⁹. Hubiera sido deseable que las Directivas establecieran un cómputo que excluyera los sistemas nacionales y que aseguraran que la dimensión de la plantilla se establecería bajo las mismas premisas en todos los Estados⁴⁶⁰. Volveremos sobre esta cuestión cuando abordemos el análisis de las normas subsidiarias y complementarias en el ordenamiento español.

Una vez despejada la incógnita de cómo debe realizarse el cálculo de la plantilla, queda por determinar cómo determinar qué empresas forman un grupo a los efectos de la Directivas y, por tanto, qué grupos están obligados a constituir un Comité de Empresa Europeo o algún procedimiento de información y consulta alternativo. A estos efectos, el artículo 3 Directiva 2009/38 reproduce las normas imperativas, ya previstas por la Directiva 94/45, para facilitar la identificación de los grupos de empresas de dimensión comunitaria.

Hemos tenido la oportunidad de señalar las distintas fórmulas a través de las cuales los grupos de empresas o las empresas en red pueden organizar su estructura productiva. Por tanto, la inclusión de los grupos de empresas dentro del ámbito de aplicación, como sujetos vinculados por los derechos y deberes de información y consulta comunitarios, plantea la necesidad de clarificar cuándo nos encontramos ante un grupo de empresas. Es decir, cuándo dos empresas situadas en dos Estados diferentes estarán relacionadas mediante vínculos de tal naturaleza que nos permita

⁴⁵⁸ Artículo 2.2 2009/38. Al respecto, se ha señalado que esta armonización pretende, en última estancia, evitar que las empresas y grupos puedan situar sus establecimientos o empresas en territorios de Estados miembro cuyas legislaciones les permitan un juego más flexible en orden al cómputo de trabajadores, *vid.* MERCADER UGUINA, Jesús R., “Derechos de información y consulta...”, *op. cit.*, p. 1040.

⁴⁵⁹ La regulación comunitaria vigente permite, potencialmente, que aplicando las reglas de distintos Estados a la misma realidad el resultado revele distintas plantillas de trabajadores. Es decir, que aplicando las reglas sobre el cómputo de plantillas de nuestro país, el resultado de la plantilla en España sea de 1.000 trabajadores, pero que aplicando las reglas de otro Estado el cómputo sea de 900 o de 1.100, dependiendo de si nuestro ordenamiento estuviera sobrerrepresentado o infrarrepresentado en comparación con las reglas dispuestas por el otro ordenamiento.

⁴⁶⁰ En este sentido también, *vid.* CORREA CARRASCO, Manuel, “Concurrencia y articulación...”, *op. cit.*, p. 22.

proyectar la representación de los trabajadores sobre ambas compañías. Al respecto, la legislación comunitaria ha optado por el concepto de empresa que ejerza el control como medio para determinar cuándo existe un grupo. Criterio que solo acoge uno de los dos tipos de grupos o redes identificados en el primer capítulo de este estudio, como en seguida se apuntará.

Una empresa ejercerá el control sobre otra cuando pueda desarrollar una influencia dominante, por ejemplo, por motivos de propiedad, participación financiera o estatutos. Se presumirá, salvo prueba en contrario⁴⁶¹, que una empresa ejerce el control sobre otra cuando: posea la mayoría del capital suscrito de la empresa, disponga de la mayoría de los votos correspondientes a las acciones emitidas por la empresa o pueda nombrar a más de la mitad de los miembros del consejo de administración, de dirección o de control de la empresa⁴⁶².

En caso de que, en atención a las reglas anteriores, se pueda presumir que varias empresas ejercen el control sobre otra, se entenderá, salvo prueba en contrario, que la empresa que ejerce el control sobre el grupo es aquella que pueda nombrar a más de la mitad de los miembros del Consejo de administración, de dirección o de control. El control podrá ejercerse de forma directa o bien de forma indirecta a través de otras sociedades controladas.

En cualquier caso, para determinar si efectivamente una empresa ejerce el control, deberemos atender a la legislación del Estado aplicable a la empresa que ejerce su dominio. No obstante, solo servirá de referencia aquella legislación si se trata de la de un Estado miembro de Unión. De lo contrario, deberá aplicarse la legislación del Estado miembro en el que la empresa o grupo tenga la dirección central o la del Estado en el que se emplee al mayor número de trabajadores.

La definición de grupo debe hacerse extensiva también a los grupos de sociedades compuestos a su vez por grupos empresariales en lugar de empresas. En ese supuesto, en principio la aplicación de la regla general supondría la constitución de un Comité de Empresa Europeo único para todo el grupo, que sirviera como cauce de representación a todos los grupos dependientes del grupo principal. No obstante, la organización en grupo de otros grupos suele ser la estructura compleja elegida por sociedades transnacionales para establecer líneas de negocio muy diferenciado. En este sentido, sería razonable que la comisión negociadora decidiera establecer un Comité de Empresa Europeo para cada grupo dependiente del grupo principal⁴⁶³.

⁴⁶¹ Sobre el carácter de la presunción *iuris tantum*, vid. PONS CARMENA, María, *La participación de los trabajadores...*, op. cit., p. 170.

⁴⁶² Artículo 3.1 Directivas 94/45 y 2009/38.

⁴⁶³ En nuestro ordenamiento esta posibilidad de configuración de la representación transnacional de los trabajadores podría implementarse a través del art. 10.1 LCEE: "A la comisión negociadora corresponde

Las normas comunitarias recogen, por tanto, un *numerus apertus* que puede acoger todas aquellas situaciones en las que una empresa ejerza el control sobre otras. El único condicionante será que la situación de dominación pueda ser acreditada. Por consiguiente, el legislador comunitario ha optado por una definición de control amplia, que coincide con la definición de empresa en red o empresa por dominación⁴⁶⁴, en la terminología que hemos adoptado en el primer capítulo de este estudio. Es decir, se habría escogido articular la representación colectiva de los trabajadores en Europa solo en aquellas empresas en las que existen vínculos de dominación –societarios, contractuales o de hecho–. Lamentablemente, ello supone que se han excluido aquellas empresas que puedan influir de manera significativa en la organización productiva de otras sin llegar al extremo de la dominación, redes de empresas o empresas por coordinación.

La articulación de la representación de los trabajadores en las empresas por dominación y no en las empresas por coordinación probablemente responda a la mayor facilidad para establecer las relaciones en las primeras. No obstante, que sea más sencillo determinar la existencia de una empresa por dominación no debería ser excusa para ignorar las necesidades de representación de los trabajadores en las empresas por coordinación. Sería por tanto necesario, en coincidencia con las reivindicaciones de las organizaciones sindicales⁴⁶⁵, que el legislador europeo ampliara el ámbito subjetivo de la Directiva 2009/38 e incorporara a las empresas por coordinación.

2. Ámbito objetivo de aplicación de las Directivas

Las Directivas tienen un ámbito de aplicación muy concreto. Estas persiguen la información y consulta de los trabajadores sobre cuestiones transnacionales. Al margen de la dimensión transnacional de esa información y consulta, el derecho de información y consulta de los representantes comunitarios tiene un alcance muy similar a los derechos de información y consulta de los representantes nacionales⁴⁶⁶.

Mientras que la Directiva 94/45 no contenía ninguna definición de información, quizá porque al legislador comunitario le pareció una cuestión obvia que no requería

negociar con la dirección central la constitución de uno o varios comités de empresa europeos o el establecimiento de uno o varios procedimientos alternativos de información y consulta a los trabajadores[...]"'. En este sentido, *vid.* PLITT, David, "La Directiva 94/45/CE, sobre el Comité de Empresa...", *op. cit.*, p. 117.

⁴⁶⁴ PONS CARMENA, María, *La participación de los trabajadores...*, *op. cit.*, p. 166. Sobre el concepto de empresa por dominación o por coordinación *vid. supra.* p. 58.

⁴⁶⁵ Las organizaciones sindicales han reclamado sin éxito que se incorporen, al menos, a las franquicias y a las joint-ventures, dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2009/38, *vid.* KÖLER, Holm-Detlev, GONZÁLEZ BEGEGA, Sergio, "Génesis política...", *op. cit.*, p. 463; OLMO GASCÓN, Ana Marta, "Constitución de un Comité de Empresa...", *op. cit.*, pp. 199-200; BUSCHAK, Willy, "Directive on European Works councils", working paper núm. 37 ETUC, 2000, p. 3.

⁴⁶⁶ GORELLI, Juan y GÓMEZ, Rafael, "Grupos de empresas...", *op. cit.*, p. 370.

ninguna declaración adicional, sí poseía una de consulta, aunque es cierto que de una manera muy sucinta en comparación con la que luego aporta en 2009. En cualquier caso, y pese a su mayor o menor concreción, el intento de facilitar por primera vez una definición comunitaria de consulta ha sido considerado una de las aportaciones principales de la Directiva 94/45⁴⁶⁷.

La consulta era definida como el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre los representantes de los trabajadores y la dirección central o cualquier otro nivel de dirección más apropiado. La revisión de la Directiva en 2009 permitió mejorar la definición, garantizando con ello la eficacia del proceso de consulta. Así, en la Directiva de 2009 además se añade que la consulta deberá realizarse en un momento, de una manera y con un contenido que permitan a los representantes de los trabajadores emitir un dictamen sobre la base de la información facilitada sobre las medidas propuestas acerca de las cuales se realiza la consulta y sin perjuicio de las responsabilidades de la dirección, y en un plazo razonable, que pueda ser tenida en cuenta por la empresa o por el grupo de empresas de dimensión comunitaria.

El derecho a la información —estrechamente vinculado al de consulta, pues no puede haber consulta si previamente no ha existido una correcta y exhaustiva información⁴⁶⁸— comprende la transmisión de datos por el empleador a los representantes de los trabajadores para que estos puedan tener conocimiento del tema tratado y examinarlo. La información deberá efectuarse en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, de tal modo que permita a los representantes de los trabajadores realizar una evaluación pormenorizada del posible impacto y, en su caso, preparar las consultas con el órgano competente de la empresa o del grupo de empresas de dimensión comunitaria (art. 2.1.f Directiva 2009/38).

La nueva regulación ofrecida por la legislación comunitaria para el derecho a la información supera el anterior y abstracto derecho a ser informado⁴⁶⁹. Se impone ahora una obligación no menor, que la información se realice con el tiempo suficiente y de forma tal que se permita un análisis y reflexión en profundidad sobre la documentación facilitada.

Parece que la información y consulta debe ser interpretado como una obligación para el empresario, además de cómo un derecho de los trabajadores⁴⁷⁰. Así puede extraerse de Directivas como 98/59/CE y 2001/23/CE. Sin embargo, la redacción de la

⁴⁶⁷ GÓMEZ GORDILLO, Rafael, *El Comité de Empresa Europeo*, op. cit., p. 201.

⁴⁶⁸ GORELLI, Juan y GÓMEZ, Rafael, “Grupos de empresas...”, op. cit., p. 369.

⁴⁶⁹ Sobre la apuesta de la legislación española por regular de una forma más avanzada por incorporar a nuestro derecho el contenido de la Directiva 94/45 vid. MERCADER UGUINA, Jesús R., “Derechos de información y consulta...”, op. cit., p. 1037.

⁴⁷⁰ ALES, Edoardo, “Información y consulta en la empresa...”, op. cit., p. 320.

Directiva 94/45/CE, sobre los Comité de Empresa Europeos, parece regular la información y consulta con un régimen más débil. En lugar de cómo una obligación empresarial y como un derecho laboral de los trabajadores, solo se regula desde la perspectiva del derecho⁴⁷¹. Lo que sin duda reduce su eficacia y devalúa su posición.

La representación de los trabajadores es un presupuesto para que la información y consulta de los trabajadores sea efectiva⁴⁷². Esa es la interpretación que hace el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, hasta el punto que cuando no exista esta representación de los trabajadores deberá formarse una comisión ad hoc. Es cierto que el derecho de información y consulta es un derecho individual del trabajador, pero es impensable que este derecho pueda ejercitarse correctamente en toda su extensión si los trabajadores no están auxiliados por un órgano de representación⁴⁷³.

La obligación de informar y consultar a los representantes europeos no se extiende a cualquier cuestión empresarial, sino solo a aquellas que tengan dimensión transnacional. En este sentido, se considerarán transnacionales las cuestiones que afectan al conjunto de la empresa o grupo de empresas de dimensión comunitaria o al menos a dos empresas o establecimientos de la empresa o del grupo situados en dos Estados miembros diferentes⁴⁷⁴.

La limitación del ámbito de aplicación de la Directiva a las cuestiones transnacionales ha sido interpretada como una fórmula de evitar la internacionalización de conflictos colectivos nacionales. No obstante, al amparo del propio artículo 1.4, la doctrina ha defendido que, además de los conflictos que afecten a dos o más Estados, la definición de cuestión transnacional permite extender el carácter transnacional a todas aquellas cuestiones que, sin afectar obligatoriamente a dos o más Estados, sí poseen un elemento de transnacionalidad, por ejemplo, porque la decisión es tomada en otro Estado de aquel en el que se ejecutará, o cuando la decisión afecte a un solo centro, pero pueda terminar repercutiendo en otros⁴⁷⁵.

⁴⁷¹ El tímido procedimiento contemplado en la Directiva se sustancia en que basta con cumplir formalmente con el deber de informar o consultar, pero no es necesario abrir un procedimiento negociar entre la dirección de la empresa y los trabajadores. ESPEJO MEGÍAS, Patricia, “La participación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 137. En similares términos, ALES, Edoardo, “Información y consulta en la empresa...”, *op. cit.*, p. 324.

⁴⁷² ALES, Edoardo, “Información y consulta en la empresa...”, *op. cit.*, p. 319.

⁴⁷³ ALES, Edoardo, “Información y consulta en la empresa...”, *op. cit.*, p. 326.

⁴⁷⁴ Considerando 16 y art. 1.4 de la Directiva 2009/38/CE. Aunque es cierto que la Directiva 2009/38 incorpora por primera vez en el articulado de la Directiva sobre procesos de información y consulta en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria una definición de cuestión transnacional, esta está inspirada en la definición que ya aparecía en las normas subsidiarias previstas en el Anexo I de la Directiva 94/45.

⁴⁷⁵ En este sentido, *vid.* OJEDA AVILÉS, Antonio, *Derecho Transnacional del Trabajo*, *op. cit.*, p. 274. En este sentido, esta interpretación de la definición de la cuestión transnacional ha sido interpretada como una fórmula para aumentar el número de Comités y las situaciones en las que estos pueden intervenir. En este sentido, *vid.* ESPEJO MEGÍAS, Patricia, “La participación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 136.

3. Formación de la comisión negociadora

Una vez clarificada la dimensión comunitaria de las sociedades pareciera que la concreción de la comisión negociadora no debería plantear demasiados problemas. En este sentido, la Directiva 94/45 establecía que correspondía a la dirección central de la empresa o del grupo de empresas de dimensión comunitaria la responsabilidad de generar las condiciones y poner los medios necesarios para que se pudiera constituir el comité de empresa europeo. En el supuesto en el que la dirección central no se encontrara dentro de las fronteras comunitarias, esta podría delegar su responsabilidad en la dirección nacional del Estado miembro que estimara oportuno.

Si no se efectuaba la delegación expresa señalada, sería responsable la dirección del establecimiento que empleara a mayor número de trabajadores dentro de las fronteras de la Unión Europea. El volumen de contratados en cada Estado era calculado, tal y como se ha señalado para la determinación de los sujetos legitimados, conforme a las reglas de cada país. De tal suerte que aunque potencialmente era posible que se estableciera que un determinado Estado era aquel en el que la empresa o el grupo empleara a más trabajadores en función de las reglas previstas por otro ordenamiento, lo relevante era que fruto de sus propias reglas lo fuera. Solo en ese caso, asumiría la representación de la dirección central ante la falta de designación de representantes.

La formación de la comisión negociadora se regía por unas reglas en apariencia sencillas. No obstante, muy pronto comenzaron a plantearse problemas relacionados con la información que debían facilitar las direcciones centrales empresariales para posibilitar la constitución de la comisión y con la propia determinación de esas direcciones. Tuvo que ser el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el que resolviera estos primeros interrogantes, incorporados más tarde el texto de la Directiva 2009/38.

En primer lugar, las direcciones centrales sostenían que el deber de información solo nacía una vez constatada la existencia de una empresa o grupo de empresas de dimensión comunitaria, lo que en la práctica, habida cuenta de las complejas estructuras que adoptan estas sociedades que impiden a la representación de los trabajadores conocer previamente si el grupo reúne o no los requisitos marcados por la Directiva, vaciaba de contenido la posibilidad de constituir el Comité de Empresa Europeo y la eficacia de la Directiva. No obstante, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con buen criterio, determinó que la obligación de informar nacía incluso antes de que constara la organización por dominación de la empresa o del grupo empresarial, garantizando con ello la aplicabilidad de la Directiva⁴⁷⁶.

⁴⁷⁶ La Sentencia Bofrost (STJCE de 29 de marzo de 2001, asunto C-62/99) el grupo mediante un acuerdo privado había equiparado a todas las sociedades del grupo, evitando que alguna tuviera una posición de dominio sobre el resto. Los representantes de los trabajadores en el centro de trabajo en Alemania dirigen varias

La determinación de la dirección central también generó incertidumbre. La Directiva prescribía que cuando las direcciones centrales situadas fuera de las fronteras de la Unión no designaran un representante, se presumiría que cumpliría esa función la dirección del centro que empleara al mayor número de trabajadores. La presunción *iuris tantum* articulada por la Directiva no resolvía qué hacer en aquellos supuestos en los que la dirección central, situada fuera de la Unión, se negara a facilitar a la dirección presunta los datos necesarios para iniciar las negociaciones a fin de constituir un Comité de Empresa Europeo. Como la dirección central presunta no ejerce el control real sobre el resto de las sociedades del grupo, esta en principio no puede obligarlas a que le faciliten dichos datos. Por tanto, se corría el riesgo de que la Directiva resultara ineficaz cuando las direcciones centrales estuvieran situadas fuera de la Unión. Al respecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea interpretó que los artículos 4.1 y 11.1 de la Directiva debían ser interpretados en el sentido de que de la presunción del artículo 4.2 se deriva para la dirección presunta una obligación de pedir a las demás empresas del grupo en territorios de los Estados miembro la información imprescindible para el inicio de las negociaciones con el objeto de constituir el Comité de Empresa Europeo. De igual forma, también se derivaba una obligación para el resto de las empresas del grupo en la Unión de facilitar la información solicitada por la dirección presunta⁴⁷⁷.

Junto con los problemas señalados en la determinación de los sujetos obligados, también se produjeron problemas en la delimitación de la extensión del derecho a la información. En consonancia con la concreción de los sujetos obligados, las direcciones empresariales vendrán obligadas a informar a los representantes de los

reclamaciones a la dirección de la empresa para que les facilitara información sobre el número de trabajadores y la estructura de la empresa para preparar la creación del Comité de Empresa Europeo. El Tribunal determinó que los trabajadores de una empresa perteneciente a un grupo de empresas disfrutaban de este derecho de información incluso antes de que se compruebe que dentro del grupo existe una empresa que ejerce el control. Esta interpretación queda confirmada por el propio tenor del artículo 11, apartado 2, de la Directiva, disposición que contempla de modo general a «las partes interesadas en la aplicación de [dicha] Directiva», sin limitarse a la dirección central, en el sentido del artículo 2, apartado 1, letra e), de la Directiva, o a los representantes de los trabajadores (§ 34 y 35 de la Sentencia).

⁴⁷⁷ La Sentencia Kühne & Nagel (STJCE de 13 de enero de 2004, asunto C-440/00) la dirección central estaba fuera de la Unión Europea. El comité de empresa de una de las empresas dentro de los Estados de la Unión que le facilitara los datos sobre el número de trabajadores, su distribución dentro de la Unión, la estructura del grupo así como los nombres y domicilios de los representantes de los trabajadores en el resto de sociedades del grupo a fin de determinar si era preceptiva la constitución de un Comité de Empresa Europeo. La empresa no negó que estuviera obligada a facilitar esa información, pero afirmó que la sociedad dominante, que no estaba vinculada por el derecho comunitario, se negaba a facilitarle esa información. Cuando la dirección central no designe un representante, le corresponderá ejercer esa función a la dirección del establecimiento o empresa que emplee al mayor número de trabajadores en un Estado miembro, artículo 4.2 Directiva. Es evidente que la dirección central poseerá o podrá disponer de los datos que la representación de los trabajadores le pide, sin embargo la dirección presunta no tiene porque disponer de los mismos. El artículo 4.1 debe ser interpretado en el sentido de que dicha dirección central presunta está obligada a pedir a las demás empresas del grupo en territorios de los Estados miembro la información imprescindible para el inicio de las negociaciones con el objeto de constituir el Comité de Empresa Europeo. Por su parte, el resto de las direcciones están obligadas a facilitar esa información.

trabajadores de la estructura empresarial⁴⁷⁸, la información sobre la plantilla media y su distribución en los Estados miembro⁴⁷⁹, incluso las denominaciones de los órganos de representación de los trabajadores y a los nombres de los representantes que deben participar, por cuenta de los trabajadores de la empresa o de los de las que dependan de ella, en la constitución de un comité de empresa europeo⁴⁸⁰.

Cada Estado deberá velar porque las direcciones empresariales cumplan con la obligación de informar, con la extensión señalada, para garantizar la eficacia del procedimiento negociador. Ahora bien, puede pasar que la dirección central, la presunta o alguna dirección nacional se nieguen a facilitar la información requerida. Al respecto, los artículos 11 de las Directivas señalan que deberán ser los Estados miembro los que establezcan las medidas necesarias para velarán por hacer cumplir las obligaciones derivadas de las mismas.

Una vez aclarado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y más tarde por la Directiva 2009/38 quiénes pueden formar de la comisión negociadora, corresponde determinar los sujetos que podrán iniciar los trámites para constituir esa comisión negociadora. En aquellas empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria, conforme a las reglas anteriores, tanto la dirección de la sociedad o del grupo como, al menos, cien trabajadores o sus representantes, pertenecientes por lo menos a dos empresas o establecimientos situados en al menos dos Estados miembro diferentes, podrán solicitar a la otra parte por escrito que comience la negociación

⁴⁷⁸ La Sentencia Bofrost (STJCE de 29 de marzo de 2001, asunto C-62/99) Asimismo, cuando los datos sobre la estructura o la organización de un grupo de empresas formen parte de la información imprescindible para iniciar negociaciones con el objeto de crear un comité de empresa europeo o de establecer un procedimiento de información y consulta transnacional de los trabajadores, corresponderá a cualquier empresa de ese grupo proporcionar los datos de que disponga, o que pueda obtener, a los órganos internos de representación de los trabajadores que lo soliciten. También se podrá exigir la entrega de documentos que precisen y aclaren la información imprescindible para el mismo fin, siempre que esta entrega sea necesaria para que los trabajadores afectados o sus representantes puedan acceder a la información que permita apreciar si tienen derecho a exigir la apertura de negociaciones (§ 41 de la sentencia).

⁴⁷⁹ La Sentencia Kühne & Nagel, ya citada, señala que la obligación de información derivada de los artículos 4.1 y 11.1 de la Directiva comprende la información sobre la plantilla media de trabajadores y su distribución en los diferentes Estados miembros, los establecimientos de la empresa y las empresas del grupo, y sobre la estructura de la empresa y de las empresas del grupo, así como las denominaciones y direcciones de los representantes de los trabajadores que podrían participar en la formación de una comisión negociadora con arreglo al artículo 5 de la Directiva o en la constitución de un comité de empresa europeo, cuando dicha información es imprescindible para el inicio de negociaciones con el objeto de constituir dicho comité.

⁴⁸⁰ La Sentencia Anker (STJCE de 15 de julio de 2004, Asunto C-349/01) que puede exigirse la comunicación de información sobre los establecimientos y las empresas del grupo, sobre su forma jurídica y sus estructuras de representación, sobre la plantilla media de trabajadores y su distribución en los diferentes Estados miembros, en la medida en que esta información sea imprescindible para el inicio de las negociaciones previstas en el artículo 5, apartado 1, de la Directiva con el objeto de constituir un comité de empresa europeo (véase, en este sentido, la sentencia Kühne & Nagel, antes citada, apartado 70). Lo mismo cabe afirmar por lo que respecta a la información relativa a las denominaciones de los órganos de representación de los trabajadores y a los nombres de los representantes que deben participar, por cuenta de los trabajadores de la empresa o de los de las que dependan de ella, en la constitución de un comité de empresa europeo.

pertinente para poder acordar los preceptivos mecanismos de información y consulta y, en su caso, el Comité de Empresa Europeo⁴⁸¹.

Ahora bien, que las direcciones de las empresas o, lo que es más habitual, los trabajadores o sus representantes puedan instar la apertura de las negociaciones conducentes a la constitución de un comité de empresa europeo no significa que las partes tengan un deber de cumplir con dicho trámite⁴⁸². Es decir, la constitución de un Comité de Empresa Europeo es un derecho, no un deber que deba forzosamente cumplirse en caso de cumplir con los requisitos señalados por la Directiva. No obstante, a la vista de los objetivos que pretendía alcanzar la Directiva⁴⁸³, habría sido más atinado que la Directiva hubiera previsto que los Estados miembro hubieran forzado que las empresas comunitarias con sede en su territorio hubieran formalizado la representación a nivel comunitario.

En cualquier caso, es cierto que la ausencia de una obligación en la constitución de los órganos de representación de los trabajadores no choca con la tradición de nuestro país, donde tampoco es automática la constitución de los órganos de representación de los trabajadores, sino que requiere de la iniciativa de los trabajadores⁴⁸⁴. No obstante, sí se separa del régimen previsto en la Sociedad Anónima Europea que, como veremos en el capítulo tercero, contempla en defecto de acuerdo entre las partes la constitución de un Comité de Empresa en el seno de la sociedad europea.

⁴⁸¹ En nuestro país se ha especificado que esta solicitud podrá presentarse por los trabajadores o sus representantes de forma conjunta o separada y dirigirse a la dirección central o a las direcciones de los centros de trabajo o empresas en los Estados miembros donde presten sus servicios (art. 7.1 LCEE).

⁴⁸² El artículo 7 de la Directiva, que prevé la aplicación subsidiaria de la normativa nacional, no resulta de aplicación cuando la dirección de la empresa y los trabajadores han optado por la inacción. Únicamente se podrá acudir al régimen subsidiario previsto cuando solo una de las partes bloquee las negociaciones. Aunque lo más usual es que la parte que se niegue a negociar sea la dirección de la empresa, ello no debe confundirnos. El régimen subsidiario entrará en vigor siempre que una parte, empresa o trabajadores, no permitan llegar a un acuerdo. En sentido divergente, se ha señalado que el régimen previsto en el artículo 7 de la Directiva solo es aplicable ante la pasividad empresarial, *vid.* ESPEJO MEGÍAS, Patricia, “La participación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 133.

⁴⁸³ El legislador comunitario reconoce en los propios considerandos de la Directiva que la norma pretende modernizar la legislación comunitaria en materia de información y consulta transnacional de los trabajadores a fin de adaptarla a las nuevas fórmulas en las que las empresas desarrollan su actividad en el contexto internacional (Considerandos § 7º y 11º directiva 2009/38).

⁴⁸⁴ La constitución de la representación unitaria en nuestro país a través del procedimiento correspondiente es imperativa cuando se dan las circunstancias previstas en la Ley, sin que sea posible que se su obstaculización. Ahora bien, lo anterior no supone la automaticidad en la constitución de los órganos de representación, de hecho el legislador no ha previsto ninguna consecuencia jurídica para la no convocatoria de elecciones, *vid.* NIETO ROJAS, Patricia, *Las representaciones de los trabajadores...*, *op. cit.*, p. 59. Así, se ha afirmado que el ordenamiento ha previsto un “deber sin sanción” *cfr.* SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda, AGUILERA IZQUIERDO, Raquel, GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, Beatriz y DE NIEVES NIETO, Nuria, “Los sujetos colectivos en la empresa: un estudio jurisprudencial” en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 43, 2003, p. 35.

Se deberá constituir entonces la comisión negociadora conforme a las reglas imperativas marcadas en la Directiva. Este es uno de los aspectos en los que la Directiva 2009/38 se separa de lo previsto en la anterior regulación comunitaria.

En los acuerdos de primera generación, aquellos sometidos a la Directiva 94/45, la comisión negociadora estará compuesta por un mínimo de tres miembros y un máximo igual al número de Estados miembros, garantizando la existencia de un representante por cada Estado en el que la empresa o el grupo tenga presencia y miembros adicionales en función de los trabajadores que emplee en esos Estados⁴⁸⁵. Por su parte, los acuerdos de segunda generación, los sometidos a la nueva Directiva 2009/38, han optado por una regulación más proporcional para el reparto de los miembros en la comisión negociadora⁴⁸⁶. En este sentido, los miembros que compongan la comisión deberán representar proporcionalmente a la plantilla de la compañía. Se elegirá un representante por cada grupo de trabajadores empleados en un Estado en el que la compañía emplee al menos al 10% de la plantilla o fracción⁴⁸⁷.

La elección del número de trabajadores en la comisión negociadora, que corresponda según los criterios anteriores, se realizará conforme a las normas dispuestas por cada Estado⁴⁸⁸. No obstante, los Estados deberán garantizar que en los centros en los que

⁴⁸⁵ La contenida en los arts. 5.2.b y c de la Directiva 94/45 tiene naturaleza imperativa y debe ser respetada por los Estados. Estos deberán desarrollar normas para regular la asignación del número de representantes. En este sentido, en España, Italia, UK y Austria o Suecia, existirá miembro en representación de los trabajadores de cada Estado miembro en el que la empresa de dimensión comunitaria tenga uno o más centros de trabajo o en el que se halle situada la empresa que ejerce el control de un grupo de empresas de dimensión comunitaria o una o más de las empresas controladas; así mismo, se designará un miembro en representación de los trabajadores de cada Estado miembro en que se hallen empleados desde el 25% hasta el 50% del total de trabajadores de la empresa o grupo; dos miembros en representación de los trabajadores del Estado miembro en que se hallen empleados más del 50% y hasta el 75% del total de trabajadores de la empresa o grupo; tres miembros en representación de los trabajadores del Estado miembro en que se hallen empleados más del 75% del total de trabajadores de la empresa o grupo (art. 9 LCEE en su redacción original; art. 7 LICEE; art. 12 LUKCEE; § 178 LACEE, Section 15 LSCEE). Francia, por el contrario, se separa de la regla general y dispone que se designará un miembro en la comisión negociadora por cada Estado en el que la empresa o el grupo tenga un centro de trabajo. Adicionalmente se designará un representante más en aquellos Estados que empleen al 20% de la plantilla, dos en los que se emplee al 30%, 3 en los que se emplee al 40%, 4 en aquellos en los que se emplee al menos al 50%, 5 en los que se emplee al 60% y, finalmente, 6 en los que se emplee al 80% (arts. L 439-18 LFCEE).

⁴⁸⁶ Se había criticado de la regulación contemplada en la Directiva 94/45 que provocaba un exceso de representación de aquellos centros de trabajo o empresas situadas en Estados miembro donde la plantilla mínima de trabajadores fuera inferior en comparación con el total de la plantilla. Es decir, que la asignación de un representante por Estado, independientemente de la plantilla, sobrerrepresentaba a los Estados con menor número de trabajadores, *vid.* PLITT, David, “La directiva 94/45/CE, sobre el comité de empresa...”, *op. cit.*, p. 118.

⁴⁸⁷ El legislador comunitario, tanto en la redacción de 1994 como de 2009, ha optado por usar como criterio de determinación de la composición de la comisión negociadora el de la dimensión del centro de trabajo en lugar de el de la proporcionalidad sindical, más asentado en nuestro ordenamiento. Al respecto *vid.* MERCADER UGUINA, Jesús R., “Derechos de información y consulta...”, *op. cit.*, p. 1031.

⁴⁸⁸ En este sentido, por ejemplo: en España, los representantes que deban formar parte de la comisión negociadora y del comité de empresa europeo serán designados por acuerdo de aquellas representaciones sindicales que en su conjunto sumen la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa y delegados

no exista representación de los trabajadores por motivos ajenos a su voluntad tengan derecho a designar miembros en la comisión negociadora. Ello sin perjuicio de las regulaciones nacionales que imponen un límite mínimo para constituir la representación de los trabajadores en la empresa.

4. El proceso de negociación para la constitución del Comité de Empresa Europeo

El periodo de negociaciones, una vez constituida la comisión negociadora, comenzará tras la convocatoria realizada por la dirección central. Aunque pueda sorprender dejar en manos de la dirección central el inicio de las negociaciones, quizás esta medida sea consecuencia de que es la empresa la que asume los costes derivados del procedimiento⁴⁸⁹, incluidos los gastos derivados de los asesores externos de la comisión negociadora, que podrán ser limitados por los Estados a la financiación de un solo experto (art. 5.6 Directiva 2009/38), entre los que podrán figurar representantes de organizaciones de trabajadores competentes y reconocidas a nivel comunitario. El asesoramiento por parte de expertos designados por los representantes de los trabajadores en la comisión negociadora garantiza que los intereses de los trabajadores estarán correctamente tutelados.

La composición y el inicio de las negociaciones se deberán poner en conocimiento de las direcciones nacionales que compongan la empresa o grupos de empresa de dimensión comunitaria (art. 4 Directivas 94/45 y 2009/38). Asimismo, las negociaciones también deberán ser comunicadas a las organizaciones europeas de trabajadores y empleadores (art. 5.2.c Directiva 2009/38). Esta nueva obligación, derivada de la actualización de la normativa comunitaria, viene a compensar en parte las demandas de las organizaciones sindicales europeas. Estas reclamaban un registro centralizado en el que se recogieran de forma pública todos los Comités de Empresa

de personal en su caso, o por acuerdo mayoritario de dichos miembros y delegados. Del mismo modo se procederá para la sustitución de los representantes designados en los supuestos de dimisión y revocación y en el de pérdida de la condición de representante nacional de los trabajadores (art. 27 LCEE). En Alemania, los representantes serán designados por el Comité Central de Trabajadores [*lo que en España denominaríamos comité intercentros*] en las empresas de dimensión comunitaria o por el comité combinado, en los grupos de empresas de dimensión comunitaria; en caso de que no exista un comité combinado, los representantes serán designados mediante una reunión conjunta de los representantes de los comités centrales o de los comités de empresa en caso de que no hubiera comités centrales, que será convocada por el Presidente del comité de aquella empresa que emplee al mayor número de trabajadores. Si algún comité de empresa no estuviera representando en los comités centrales su Presidente será convocado también a esa reunión (§11 Ley EBRG). En Italia, la designación la llevarán acabo las organizaciones sindicales que hayan suscrito el convenio colectivo nacional de aplicación a la empresa o grupo de empresas de dimensión comunitaria y las confederaciones sindicales en la empresa o grupo. Cuando no haya representación sindical, las organizaciones sindicales que suscribieran el convenio colectivo nacional de aplicación y la dirección central de la empresa se pondrán de acuerdo para arbitrar un sistema que permita la representación de los trabajadores (art. 6 LICEE). En Francia, los representantes serán elegidos por las organizaciones sindicales de entre los representantes de los trabajadores en la empresa o en los centros de trabajo (arts. L 439-19 LFCEE).

⁴⁸⁹ Vid. PLITT, David, “La Directiva 94/45/CE, sobre el Comité de Empresa...”, *op. cit.*, p. 121.

Europeos⁴⁹⁰. No obstante, aunque la nueva obligación impuesta merece una valoración positiva, su contenido es claramente insuficiente. Pues aunque ahora haya que informar del inicio de las negociaciones, no se ha recogido una obligación periódica de informar del desarrollo de las mismas, ni siquiera, lo que habría sido ciertamente más fácil, la carga de comunicar el resultado de la negociación y el contenido, en su caso, del acuerdo.

Las negociaciones, que estarán presididas espíritu bajo el espíritu de colaboración para tratar de alcanzar un acuerdo⁴⁹¹, se podrán desarrollar a lo largo de un plazo máximo de tres años, pasados los cuales se aplicarán las disposiciones subsidiarias previstas por el Estado en el que se encuentre la sede central de la empresa, que deberán respetar a su vez las normas subsidiarias previstas en la Directiva.

El periodo máximo concedido por la Directiva para desarrollar las negociaciones de constitución del Comité de Empresa Europeo es demasiado largo y facilita que bajo su excusa se prorroguen espuriamente las negociaciones con el único objetivo de dilatar en el tiempo la constitución del Comité de Empresa Europeo en la empresa o grupo de empresas de dimensión comunitaria⁴⁹². Para solucionar esta distorsión del procedimiento de negociación sería aconsejable que el legislador comunitario redujera este periodo a 18 meses, periodo que, por otra parte, es el tiempo medio que tarde en constituirse un Comité de Empresa Europeo⁴⁹³.

Aunque durante la vigencia de la Directiva 94/45 era habitual que los representantes de los trabajadores se pudieran reunir antes y después de las sesiones con los representantes de la dirección empresarial, fue la Directiva 2009/38 la que reconoció expresamente este derecho. Sin duda, al igual que la presencia de expertos, mejora la capacidad negociadora de los interlocutores de los trabajadores, a los que se les garantiza el tiempo suficiente para consensuar y construir una estrategia negociadora.

⁴⁹⁰ Una referencia a esta petición se encuentra en KÖLER, Holm-Detlev, GONZÁLEZ BEGEGA, Sergio, “Génesis política...”, *op. cit.*, p. 463.

⁴⁹¹ En cualquier caso, que la normativa compela a las partes a negociar y a hacerlo con espíritu de colaboración para tratar de alcanzar un acuerdo, en modo alguno significa que la normativa imponga la obligación de alcanzar un pacto entre las partes negociadoras, BAYLOS GRAU, Antonio, “La autonomía colectiva en el Derecho...”, *op. cit.*, p. 55.

⁴⁹² Vid. Informe elaborado CESE sobre la propuesta de Directiva para reformar la Directiva 94/45 (COM 2008 419 final – 2008/0141 COD), p. 12. Las situaciones de bloqueo en las negociaciones, legítimas o usadas fraudulentamente por una parte, no encuentran un cauce para su gestión dentro del ordenamiento europeo. Sería ciertamente positivo que se desarrollara y promocionara un sistema de solución de conflictos en el espacio de la Unión Europea, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M^o Luz “Los medios autónomos de solución de conflictos de trabajo en el espacio comunitario” en BAYLOS GRAU, Antonio (Coord.), *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*, Bomarzo, Albacete, 2003, pp. 119-127.

⁴⁹³ Las organizaciones sindicales europeas han reclamado que el periodo de negociaciones se reduzca a un año, *vid.* esta reclamación, por ejemplo, en la declaración de la ETUC de mayo de 2008, ETUC, *About European Works Councils (EWCS)*, Mayo, 2008, <https://www.etuc.org/european-works-councils-ewcs> [Consultado el 25 de septiembre de 2015].

Téngase en cuenta que los representantes de los trabajadores pueden provenir de múltiples Estados comunitarios y solo suelen coincidir en las reuniones al efecto.

Las negociaciones entre las partes finalizarán con el acuerdo entre las mismas para constituir o no el Comité de Empresa Europeo. Si se alcanzase un acuerdo, dado el principio de respeto a la autonomía de las partes que preside las disposiciones de la Directiva, será este pacto el que fije los límites y competencias de órgano de representación de los trabajadores, con el único límite de que el acuerdo se formalice por escrito (art. 5.3 Directiva 2009/38). También es posible que las partes logren un acuerdo, no iniciando las negociaciones o poniendo fin anticipadamente a las mismas, de que no es posible ni deseable, al menos, en ese momento, instaurar un órgano europeo de representación de los trabajadores. No obstante, además del acuerdo entre las partes, en realidad la voluntad exclusiva de los representantes de los trabajadores determina la posibilidad de no constituir el Comité de Empresa Europeo ni de someterse a las normas subsidiarias. Pues estos podrán decidir, por mayoría de dos tercios como mínimo, no incorporar en la empresa ningún procedimiento de información o consulta⁴⁹⁴, por ejemplo, porque la sociedad este inmersa en un proceso de transformación que aconseja a los representantes de los trabajadores a esperar a constituir la representación de los mismos. De esta forma la Directiva parece garantizar que sean los trabajadores los únicos que puedan renunciar a la constitución de un órgano que facilita la defensa de sus derechos e intereses y canaliza su información y consulta. Además, tal y como luego se señalará, también es posible que las partes acuerden someterse al régimen subsidiario previsto en la normativa correspondiente.

En el supuesto de que finalmente no se constituya el Comité de Empresa Europeo, las partes negociadoras –representantes de la empresa y de los trabajadores– deberán esperar un mínimo de dos años para volver a plantear formalmente una nueva petición de inicio de las negociaciones, salvo que las mismas acuerden reducir este plazo, porque esta no se iniciará de forma automática⁴⁹⁵. Aunque quizá el periodo de espera para iniciar de nuevo las negociaciones sea algo extenso y podría ser conveniente reducirlo, lo cierto es que es una medida proporcional que trata de no someter a la dirección empresarial a los cambios de opinión no justificados de la representación de los trabajadores, con los costes derivados para la dirección empresarial de iniciar

⁴⁹⁴ Esta posibilidad, prevista en el artículo 5.5 de la directiva, es un buen ejemplo de la importancia que la Directiva otorga a la autonomía colectiva. En este sentido, ESPEJO MEGÍAS, Patricia, “La participación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 133.

⁴⁹⁵ Se ha criticado que la renuncia a constituir el Comité de Empresa Europeo de la representación de los trabajadores en realidad tiene efectos suspensivos, por lo que, en consecuencia, transcurrido el periodo de dos años o el convenido por las partes, correspondería abrirse automáticamente sin la necesidad de una petición formal nueva, *vid.* GÓMEZ GORDILLO, Rafael, *El Comité de Empresa Europeo*, *op. cit.*, p. 295.

unas nuevas negociaciones con unos representantes que acabarían de renunciar a la formalización del Comité de Empresa Europeo.

Finalmente, las negociaciones entre las partes podrán finalizar sin acuerdo y, por tanto, la información y consulta en la sociedad de dimensión comunitaria quedará sometida a las normas subsidiarias previstas por los Estados miembros, que deberán respetar a su vez las normas subsidiarias recogidas en el Anexo de la Directiva. Abordaremos el análisis de las normas subsidiarias más adelante.

5. Competencias del Comité de Empresa Europeo

La regulación comunitaria sobre los comités de empresa europeos ha configurado estos órganos de representación como cauces para que los trabajadores de las sociedades de dimensión comunitaria puedan ejercer sus derechos a la información y consulta. No obstante, nada impide, en virtud del principio de autonomía colectiva que preside la Directiva, que las partes amplíen las competencias mínimos de los Comités de Empresa Europeos y los configuren incluso como unidades de negociación europeas.

En defecto de acuerdo que amplíe las competencias de los Comités de Empresa Europeos, las competencias de estos órganos se limitarán a las siguientes⁴⁹⁶: ser informados y consultados sobre aquellas cuestiones que afecten al conjunto de la empresa o del grupo de empresas situadas dentro de las fronteras comunitarias; a mantener al menos una reunión anual con representantes de la empresa, para recibir e intercambiar impresiones sobre la evolución de la actividad empresarial; a analizar aquellas cuestiones relacionadas con la estructura de la empresa, su situación económica y financiera la evolución probable de las actividades, de la producción y de las ventas, la situación y la evolución probable del empleo, las inversiones, los cambios sustanciales relativos a la organización, la introducción de nuevos métodos de trabajo o nuevos procesos de producción, los traslados de producción, las fusiones, reducciones de tamaño o cierres de empresas, de establecimientos o de partes importantes de éstos, y los despidos colectivos; y, finalmente, a ser informado y, en su caso, emitir un dictamen con la debida antelación de aquellas circunstancias excepcionales que afecten considerablemente a los intereses de los trabajadores, especialmente en los casos de traslados de empresas, de cierres de centros de trabajo o empresas o de despidos colectivos.

El uso que los representantes de los trabajadores pueden hacer de la información recibida de la dirección empresarial esta limitado por el deber de confidencialidad,

⁴⁹⁶ VIDA SORIA, José, et al., *Manual de Derecho Sindical*, op. cit., p. 161.

que va más allá de un mero deber de discreción⁴⁹⁷. En este sentido, los representantes de los trabajadores, así como los expertos que les puedan asistir, no estarán autorizados a difundir las informaciones de las que se les de traslado haciéndoles constar dicha condición (art. 8.1 Directivas). Esta obligación persistirá incluso expirado el mandato de representante de los trabajadores (art. 8.3 Directivas).

Además del deber de confidencialidad, las Directivas prevén la posibilidad de que las legislaciones nacionales establezcan condiciones específicas en las que la dirección central no estará obligada a facilitar información a los representantes de los trabajadores que, por su naturaleza, pudiera crear graves perjuicios al funcionamiento de la empresa (art. 8.2 Directiva).

La regulación europea comparada con el deber de sigilo, contemplado en nuestro ordenamiento en el artículo 65.2 ET, se descubre como una normativa más restrictiva que nuestra regulación tradicional⁴⁹⁸. La regulación europea impone un deber a los representantes de los trabajadores de guardar secreto sobre las materias de las que hayan recibido información a título confidencial, calificación que otorga de forma unilateral la empresa. Además, la dirección podrán no comunicar aquella información que pueda ocasionar perjuicio o graves obstáculos al funcionamiento de la empresa.

En este sentido las organizaciones sindicales propusieron una redefinición que clarificara el concepto de confidencialidad, para asegurarse, por ejemplo, que bajo el pretexto de la confidencialidad no se impida a los representantes de los trabajadores la comunicación con sus organizaciones sindicales⁴⁹⁹.

Asimismo, el artículo 8.3 de las Directivas prevé la posibilidad de que los ordenamientos nacionales puedan incorporar disposiciones especiales para limitar la información y la expresión de opiniones en aquellas empresas situadas en su territorio que persigan, directa y sustancialmente, un objetivo de orientación ideológica,

⁴⁹⁷ El deber de secreto contenido en las Directivas 94/45 y 2009/38 contrastan con el deber de discreción contemplado en la propuesta Vredeling, PONS CARMENA, María, *La participación de los trabajadores...*, *op. cit.*, p. 223.

⁴⁹⁸ Se ha señalado que el deber de sigilo no se identifica con una obligación de guardar secreto, al contrario que los deberes comunitarios, sino que es más bien una obligación de utilizar prudentemente la información recibida de la empresa, lo que resitúa el debate dentro de la autorresponsabilidad de los representantes de los trabajadores, *vid.* MERCADER UGUINA, Jesús R., “Derechos de información y consulta...”, *op. cit.*, p. 1038; PIQUERAS PIQUERAS, M^a Carmen, “Análisis de algunos supuestos de creación por la negociación colectiva de órganos de representación de los trabajadores en empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria en España” en BAYLOS GRAU, Antonio (Coord.), *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*, Bomarzo, Albacete, 2003, p. 226.

⁴⁹⁹ Esta reclamación puede encontrarse, por ejemplo, en la declaración de la ETUC de mayo de 2008, ETUC, *About European Works Councils (EWCs)*, Mayo, 2008, <https://www.etuc.org/european-works-councils-EWCs> [Consultado el 25 de septiembre de 2015].

siempre que dichas disposiciones particulares existieren ya en la legislación nacional con carácter previo a la transposición de las Directivas⁵⁰⁰.

6. Resultado de las negociaciones: especial referencial al modelo subsidiario

Como se ha señalado ya de forma reiterada, la normativa comunitaria sobre los Comités de Empresa Europeos está caracterizada por dotar de un papel central a la negociación colectiva⁵⁰¹. De tal suerte que las partes negociadoras pueden configurar el órgano de representación en función de sus necesidades e intereses particulares. Solo en defecto de acuerdo se aplicarán las normas subsidiarias previstas por la normativa comunitaria comunitaria⁵⁰², es decir, la regulación europea actúa como un suelo en la negociación a partir del cual las partes negociarán mejores condiciones, pues en defecto de acuerdo ya tendrán garantizadas las condiciones básicas de la regulación europea⁵⁰³.

Además, del papel preponderante a la autonomía colectiva, la Directiva reserva también una función destacada a las legislaciones nacionales. Son ellas las encargadas de definir conceptos tan importantes como la determinación de la fórmula para calcular el número de trabajadores en la empresa, el de representante de los trabajadores, los derechos y garantías de los representantes de los trabajadores en el ejercicio de sus funciones. Asimismo, los Estados miembro son los encargados de velar porque las empresas con presencia en su territorio cumplan con las disposiciones de la Directiva y de establecer las correspondientes sanciones en caso de incumplimiento⁵⁰⁴. Aunque el establecimiento de un marco más homogéneo habría

⁵⁰⁰ Por ejemplo, Alemania excluye a las empresas o grupos de empresas de tendencia, §34 EBRG, de determinados requisitos de información y consulta anuales previstos en § 32 EBRG. Tales como informar sobre la estructura, la situación económica y financiera de la empresa o del grupo; la situación y probable evolución del empleo; inversiones; y, finalmente, la evolución probable del negocio, la producción y ventas. Por el contrario, España, al no contar con disposiciones que limitaran la representación de los trabajadores en las empresas de tendencia en el momento en que entró en vigor la normativa comunitaria, no pudo incorporar ninguna restricción al respecto. Sobre el particular, *vid.* ANTONELLO BENITES, Flavio, “Los Comités de Empresa Europeos y su desarrollo en Alemania”, *op. cit.*, p. 160.

⁵⁰¹ BOGONI, Milena, *El Comité...*, *op. cit.*, p. 22.

⁵⁰² El carácter subsidiario de buena parte de las disposiciones de la Directiva ha llevado a calificar a esta normativa como demasiado genérica y poco coercitiva, SIOTTO, Federico, “Las transformaciones de la empresa...”, *op. cit.*, p. 257. En este sentido, también se ha sostenido, no sin falta de razón, que la Directiva es una norma procedimental, pues se objetivo es fijar un procedimiento para la constitución de un órgano de representación de los trabajadores en los grupos de empresa de dimensión comunitaria, HERRERA DUQUE, M^a Jesús, *Los grupos de empresas...*, *op. cit.*, p. 70.

⁵⁰³ También se ha definido este condicionante como un instrumento de mínimos y máximos, con la misma consecuencia que la aquí apuntada, *vid.* ESPEJO MEGÍAS, Patricia, “La participación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 131; o como un “colchón de seguridad” del entero proceso negociador, siendo su finalidad última la promoción del establecimiento convencional de estas instancias representativas, fortaleciendo la oposición contractual de la parte social, *vid.* MERCADER UGUINA, Jesús R., “Derechos de información y consulta...”, *op. cit.*, p. 1035

⁵⁰⁴ La importancia de las disposiciones de incorporación a los ordenamientos nacionales también es puesta de relevancia por ESPEJO MEGÍAS, Patricia, “La participación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 131.

sido deseable, la remisión a las legislaciones nacionales es inevitable dada la articulación del Comité de Empresa Europeo a través de una Directiva, normas que necesitan siempre del concurso de los Estados miembros.

La autonomía colectiva y las normas subsidiarias permiten, por tanto, diferenciar dos modelos de Comités de Empresa Europeos en función de si la dirección de la empresa y los representantes de los trabajadores son capaces de alcanzar un acuerdo que vaya más allá de la prescripciones impuestas por las Directivas, modelo negociado, o si, por el contrario, se limitan a aceptar los mínimos por ellas impuestos, modelo subsidiario⁵⁰⁵. No obstante, también será habitual encontrar modelos mixtos, que incorporen o transcriban algunas de las disposiciones subsidiarias previstas en la normativa comunitaria y otras fruto del acuerdo de las partes negociadoras.

Independientemente de que las partes puedan acordar una regulación negociada, superando las normas subsidiarias de la Directiva, los acuerdos, negociados o subsidiarios, deberán cumplir con un contenido mínimo formal y sustantivo obligatorio⁵⁰⁶, sin el cual no sería posible reconocer en los órganos resultantes de esos acuerdos los elementos básicos configuradores de un Comité de Empresa Europeo y, en consecuencia, no paralizarían la aplicación de las normas subsidiarias previstas en el Anexo I de la Directiva⁵⁰⁷.

La Directiva 2009/38 ha concretado en algunos aspectos el contenido mínimo, formal y sustantivo, recogido previamente de forma muy genérica en el ordenamiento comunitario. Los acuerdos de constitución de un Comité de Empresa Europeo deberán, por tanto, recoger de forma obligatoria, al menos, la fecha de entrada en vigor del acuerdo, su duración, las modalidades conforme a las cuales puede ser modificado o denunciado, así como los casos en los que el acuerdo deberá renegociarse y el procedimiento de su renegociación, inclusive, en su caso, cuando se produzcan cambios en la estructura de la empresa o del grupo de empresas de dimensión comunitaria. En cuanto a los elementos sustantivos, aquellos que regulan las funciones y actuaciones del propio Comité de Empresa Europeo, los acuerdos

⁵⁰⁵ Otros autores se han referido a este doble modelo como negocial y estándar, *vid.* RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel C., “Información y consulta de los trabajadores a nivel transnacional comunitario: El modelo negocial”, *op. cit.*; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel C., “Información y consulta de los trabajadores a nivel transnacional comunitario: El modelo estándar”, *op. cit.*; ESPEJO MEGÍAS, Patricia, “La participación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 131. También han sido denominados como modelo imperativo y subsidiario, MERCADER UGUINA, Jesús R., “Derechos de información y consulta...”, *op. cit.*, p. 1034.

⁵⁰⁶ En similares términos, se ha diferenciado entre cuestiones formales y cuestiones de fondo, *vid.* ESPEJO MEGÍAS, Patricia, “La participación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 131. Sobre el carácter de contenido mínimo del art. 6.2 Directiva, *vid.* MERCADER UGUINA, Jesús R., “Derechos de información y consulta...”, *op. cit.*, p. 1033.

⁵⁰⁷ Las normas subsidiarias son de aplicación a aquellos casos en los que no se alcanza un acuerdo. Por tanto, si el acuerdo no es reconocible, se aplicarán las normas subsidiarias previstas en la Directiva, *vid.* GÓMEZ GORDILLO, Rafael, *El Comité de Empresa Europeo*, *op. cit.*, p. 283.

deberán, en primer lugar, exteriorizar las sociedades que conforman el grupo de empresas de dimensión comunitaria o los establecimientos de dimensión comunitaria afectados por el acuerdo, cuestión ciertamente importante dada la dificultad que en muchos casos entraña delimitar las fronteras de empresas transnacionales con estructuras muy complejas.

Además, el acuerdo deberá recoger el lugar, la frecuencia y la duración de las reuniones, los recursos financieros y materiales que se asignarán al Comité de Empresa Europeo, la composición del Comité de Empresa Europeo, el número de miembros y la duración de su mandato, su distribución, de modo que pueda tenerse en cuenta, dentro de lo posible, la necesidad de una representación equilibrada de los trabajadores por actividades, categorías y sexos. Asimismo, las partes podrán incorporar, en su caso, la composición, las modalidades de designación, las atribuciones y las modalidades de reunión del comité restringido constituido dentro del Comité de Empresa Europeo.

El acuerdo de constitución también deberá hacer referencia a las atribuciones y el procedimiento de información y consulta al Comité de Empresa Europeo. Así como a las modalidades de articulación entre el Comité de Empresa Europeo y los órganos nacionales de representación de los trabajadores.

Finalmente, mientras que la Directiva 94/45 contemplaba que los acuerdos debían recoger los procedimientos de renegociación de los mismos, la Directiva revisada concreta esta previsión y especifica que esos procesos de renegociación también incluirán los casos en los que se produzca un cambio en la estructura de la empresa o del grupo. La única innovación en la redacción de la nueva Directiva radica en que los acuerdos de segunda generación, los vinculados por la Directiva 2009/38, deben especificar en su caso la existencia y funciones del comité restringido, previsión que no contemplaba el art. 6 de la Directiva 94/45⁵⁰⁸.

No obstante, dejar al arbitrio de la autonomía colectiva el pacto de las condiciones en las que el acuerdo de constitución de un Comité de Empresa Europeo será renegociado a consecuencia del cambio de estructura de la compañía puede situar en una posición de indefensión a los trabajadores de la empresa. Estos pueden sufrir como importantes cambios en la estructura no se ven reflejados en el acuerdo de constitución del Comité de Empresa Europeo porque en su momento se acordó un proceso de renegociación deficiente o, sencillamente, porque no se acordó ningún procedimiento para estos casos. Nuestro país, siguiendo este criterio, ha optado por establecer la renegociación obligatoria de los acuerdos sometidos al régimen

⁵⁰⁸ El contenido mínimo previsto en las Directivas está regulado en nuestro país en el artículo 12.1 LCEE, añadiendo, como única novedad, el requisito de que los acuerdos incluyan la identificación de las partes negociadoras, probablemente como consecuencia de la influencia que regulación del convenio colectivo estatutario tiene sobre el Comité de Empresa Europeo en nuestro país.

subsidiario español, cuando los cambios en la estructura afecten significativamente a la representatividad del órgano correspondiente y así se solicite por cualquiera de las partes o mediante una petición que reúna los requisitos necesarios previstos para instar por primera vez la negociación del Comité de Empresa Europeo⁵⁰⁹. En este punto, mucho más interesante es la legislación alemana, § 32 EBRG, que prevé que cada dos años la dirección central deberá examinar si el número de empleados en cada Estado ha variado desde la constitución del Comité de Empresa Europeo. En caso afirmativo, si la variación supusiera una modificación en la composición del comité de algunos Estados, los representantes previamente nombrados por estos cesarían en sus puestos y serían nombrados nuevos representantes en la cuantía resultante de la plantilla actualizada.

Finalmente y antes de entrar a analizar las disposiciones subsidiarias previstas en la normativa, debemos referirnos a los mecanismos de publicidad de los acuerdos. A pesar de que las organizaciones sindicales europeas reclamaron una mayor difusión y publicidad de los Comités de Empresa Europeos, las Directivas se conforman solo con el único requisito formal de exigir la consignación por escrito del acuerdo de constitución. No obstante, el legislador comunitario no ha instaurado un registro público europeo se producen dificultades en la práctica diaria de los Comités de Empresa Europeos. Por ejemplo, la ausencia de publicación o, en el mejor de los casos, su publicación en boletines oficiales nacionales entorpece conocer qué empresas tienen acuerdos en vigor y dificulta a los trabajadores acceder a los acuerdos negociados⁵¹⁰.

En el sentido anterior, la falta de publicidad común en toda la Unión podría facilitar a las direcciones centrales imponer regímenes subsidiarios, más beneficiosos a sus intereses, previstos por algún Estado miembro. Téngase en cuenta que las partes negociadoras pueden acordar el sometimiento del Comité de Empresa Europeo a las normas que consideren oportunas. Por tanto, podrían acogerse válidamente a ordenamientos jurídicos distintos del Estado en el que tengan su sede central. No obstante, cuando la dirección central rechace la apertura de negociaciones en un plazo de seis meses desde la petición de los representantes o cuando hayan transcurrido tres años desde la apertura de las negociaciones, corresponderá obligatoriamente aplicar la legislación del Estado miembro en el que se encuentre la sede central de la empresa

⁵⁰⁹ Art. 23 LCEE

⁵¹⁰ Que la publicación se haga Estado por Estado lleva a la paradoja de que una empresa puede publicar un acuerdo de constitución de su Comité de Empresa Europeo en un Estado. Con el paso del tiempo cambiar la sede central de su empresa y renegociar el acuerdo que mantenía vigente en su compañía. El nuevo acuerdo será publicado en el nuevo Estado y no será publicado en el Estado donde se encontraba la antigua sede. Por tanto, a de cara a terceros podría parecer que dicho acuerdo permanece vigente, generando una confusión innecesaria.

(art. 7 Directivas). Esta norma imperativa es precisamente la que puede quedar en entredicho al no cumplirse adecuadamente con la publicidad de los acuerdos.

De igual forma, la publicidad exclusivamente nacional dificulta la correcta divulgación de los acuerdos. Dos ejemplos concretos de errores y problemas en la publicidad del acuerdo de constitución son los casos del grupo Campofrío y del grupo Axa.

En el primer supuesto, el acuerdo de constitución del Comité de Empresa Europeo del grupo Campofrío, sometido a la legislación española, no ha sido publicado en el BOE, a pesar de que el propio acuerdo reconoce la aplicación de la legislación española. No obstante, en este caso la omisión en la publicidad no debe suponer ningún problema en cuanto a la validez del acuerdo⁵¹¹. Por tanto, la única traba que provoca la ausencia de publicidad es un desconocimiento entre terceros y la dificultad de acceder a su estudio por parte de la doctrina.

Por otra parte, el acuerdo del grupo Axa plantea a su vez dos problemas. Primero, al tener el grupo Axa su sede central en Francia, el acuerdo no tendría porqué haber sido publicado en el BOE, tal y como ocurrió⁵¹². Sin embargo, la difusión a través del BOE merece el reconocimiento y el aplauso por contribuir a llegar a una mayor audiencia de la que se habría alcanzado de haberse publicado exclusivamente en Francia. El segundo de los problemas, es que el acuerdo reconoce únicamente como legislación aplicable la de las Directivas, por ser un acuerdo transnacional. Sin embargo, la previsión no puede ser aceptada por la ausencia de eficacia directa de las Directivas⁵¹³. Además, las propias Directivas someten a la legislación del lugar en el que se sitúe la sede central aquellos casos en los que no se alcance un acuerdo durante las negociaciones. Por tanto, las partes no pueden

Para homogeneizar la difusión de los acuerdos a nivel comunitario y facilitar una solución global, sería recomendable que todos los acuerdos fueran publicados en el DOCE o, al menos, obligar a que los acuerdos fueran difundidos obligatoriamente en cada Estado y que la autoridad laboral competente informara de los mismos a la Unión Europea para que las instituciones comunitarias pudieran a su vez publicitar todos los acuerdos vigentes y actualizados. Ahora mismo solo existe la base de datos del ETUI. El problema de esta base de datos es que no es oficial, se nutre de lo que

⁵¹¹ La publicidad de los convenios colectivos, prevista en el artículo 90 ET, pretende garantizar el conocimiento general de lo pactado entre las partes, singularmente de terceros. Por tanto, la falta de publicidad oficial no priva de eficacia a la norma paccionada. En este sentido pueden consultarse diversos pronunciamientos judiciales: SAN de 29 de octubre de 1998 (Proc. 77/1998) FJ4º; STSJ de Madrid de 14 de septiembre de 2012 (Rº 4089/2012) FJ 25º; STSJ Asturias 6 de junio de 2003 (Rº 2968/2001) FJ 2º.

⁵¹² Acuerdo de 6 de octubre de 2005 (BOE 7 de junio de 2006, núm. 135).

⁵¹³ La eficacia Directa de las Directivas, prevista por primera vez por el TJCE en el Asunto Van Duyn (41/74) de 4 de diciembre de 1974, exige de forma sucinta que las previsiones de la Directivas no dejen lugar a la interpretación y que haya transcurrido el periodo de transposición sin que esta se hubiera llevado a efecto.

le remiten las organizaciones sindicales negociadores o de lo que el propio ETUI recaba de los boletines nacionales. Ello hace que la base de datos no tenga todos los acuerdos y que, de los acuerdos detectados, alguno haya podido quedar desactualizado.

a. El régimen subsidiario articulado en la Directiva 2009/38/CE

Las normas subsidiarias previstas por el Anexo I de la Directiva 2009/38 deben ser respetadas por las normas de desarrollo de los Estados miembro. En concreto, resultarán de aplicación aquellas del Estado miembro en el que se sitúe la dirección central de la sociedad o la dirección en la que esta haya delegado, como hemos avanzado, resultarán de aplicación cuando: así lo acuerden la dirección central y la comisión negociadora; cuando trascurren 6 meses desde la primera solicitud de apertura de negociaciones y la dirección central se niegue a comenzar con las negociaciones; o, finalmente, cuando hayan transcurrido 3 años desde el inicio de las negociaciones y no haya sido posible alcanzar un acuerdo.

El régimen subsidiario previsto en el Anexo I de la Directiva 2009/38 es esencialmente continuista con las disposiciones que preveía la Directiva 94/45. Asimismo, al igual que el marco subsidiario previo, tiene una influencia mayor en las negociaciones de la que cabría esperar de una norma subsidiaria, solo aplicable en defecto de acuerdo. Se convierte, por las dinámicas negociadoras, en un suelo mínimo a partir del cual las partes negocian la puesta en marcha de un modelo siempre mejor que el previsto en el Anexo de la Directiva⁵¹⁴. No obstante, introduce algunas modificaciones que vienen a corregir algunas distorsiones en el funcionamiento de las normas previas.

En primer lugar, las disposiciones subsidiarias siguen contemplando la constitución obligatoria del Comité de Empresa Europeo. Por tanto, solo el acuerdo entre las partes puede impedir la creación de este órgano de negociación transnacional o su sustitución por procedimientos alternativos de información o consulta. De tal suerte que, una vez constada la existencia de una empresa o grupo de empresas de dimensión comunitaria e iniciado el procedimiento negociador, solo la representación de los trabajadores puede impedir que se constituya el Comité de Empresa Europeo, pues solo su participación en un acuerdo o su decisión unilateral puede poner fin a las negociaciones sin la necesidad de articular ningún mecanismos de información y consulta.

Desaparece la definición de “cuestión transnacional” que contenía el apartado 1.a del Anexo de la Directiva 94/45. La supresión no responde a que la definición se

⁵¹⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel C., “Información y consulta de los trabajadores a nivel transnacional comunitario: El modelo estándar”, *op. cit.*, p. 61.

considere prescindible, todo lo contrario. El legislador comunitario eliminó la definición de las normas subsidiarias para incorporarlas al articulado de la Directiva⁵¹⁵.

Se mantiene también la posibilidad de incorporar un comité restringido en sus normas subsidiarias, tal y como ya preveía las normas en 1994, además incorpora esta previsión al propio articulado de la Directiva. Asimismo, se introducen dos modificaciones en el régimen subsidiario. En primer lugar, la aprobación del comité restringido no se hace depender de si la dimensión del Comité de Empresa Europeo justifica o no su presencia, sino que en cualquier caso para coordinar las funciones del comité europeo se elegirá en su seno un comité restringido. Además, se eleva de 3 a 5 el número de representantes máximo que puede tener el comité, en consonancia con el aumento descrito del número mínimo de miembros del plenario del Comité de Empresa Europeo.

La Directiva 2009/38 también se aleja de la Directiva 94/45 en la concreción de las competencias del Comité de Empresa Europeo. Así, en primer lugar, determina el tipo de información que deberá facilitarse a este. La información se referirá en particular a la estructura, la situación económica y financiera, la evolución probable de las actividades, la producción y las ventas de la empresa o del grupo de empresas de dimensión comunitaria. En segundo lugar, se concretan aquellas materias en las que además de informar al Comité de Empresa Europeo se le deberá consultar. La información y la consulta al comité de empresa europeo se referirán sobre todo a la situación y evolución probable del empleo, las inversiones, los cambios sustanciales que afecten a la organización, la introducción de nuevos métodos de trabajo o de nuevos métodos de producción, los traslados de producción, las fusiones, la reducción del tamaño o el cierre de empresas, de establecimientos o de partes importantes de estos, y los despidos colectivos.

La consulta se efectuará de modo que permita a los representantes de los trabajadores reunirse con la dirección central y obtener una respuesta motivada a cualquier dictamen que puedan emitir. En cualquier caso, el Comité de Empresa Europeo tendrá derecho a reunirse, al menos, una vez al año para ser informado y consultado sobre la base del informe anual de la dirección central, sobre la evolución y perspectivas de las actividades de la empresa.

Igualmente, se reconoce el derecho al comité restringido o al plenario del Comité de Empresa Europeo a reunirse cuando concurren circunstancias excepcionales que afecten considerablemente a los intereses de los trabajadores, sobre todo en caso de

⁵¹⁵ En concreto, la definición ha pasado del apartado 1.º Anexo I de la Directiva 94/45 al artículo 1.4 de la Directiva 2009/38. Al respecto *vid.* el apartado Capítulo 1.II.2. Ámbito objetivo de aplicación de las Directivas *in fine*.

traslados de empresas, de cierre de empresas o de establecimientos o de despidos colectivos. También, tendrán derecho a reunirse, a petición propia, con la dirección central o cualquier otro nivel de dirección más adecuado de la empresa o del grupo de empresas de dimensión comunitaria que tenga competencias para adoptar decisiones propias, para que se le informe y consulte sobre las medidas que afecten considerablemente a los intereses de los trabajadores.

En caso de que la reunión extraordinaria se mantenga con el comité restringido, tendrán además derecho a participar en la misma los miembros del Comité elegidos o designados por los establecimientos y/o empresas directamente afectados por las medidas de que se trate.

No obstante, la obligación de reunirse ante acontecimientos extraordinarios no afectará en ningún caso a las prerrogativas de la dirección central, que solo está obligada a consultar e informar a la representación de los trabajadores, sin que se configure un deber de llegar a un acuerdo entre las partes. La incorporación de esta disposición evidencia las reticencias y recelos que produce en las direcciones empresariales la posibilidad de que los trabajadores puedan participar en la toma de decisiones, lo que se percibe como una acción ilegítima. Este prejuicio es aún más fuerte en la Sociedad Anónima Europea, en la que se contempla la participación de los trabajadores en los órganos de dirección y control empresariales. Esta institución será analizada con profundidad en el capítulo tercero.

El Comité de Empresa Europeo o el comité restringido, ampliado, si procede, estarán facultados para reunirse previamente a cualquier reunión con la dirección central, ordinaria o extraordinaria, sin que esté presente la dirección interesada. El derecho a mantener reuniones previas y posteriores, al igual que para la comisión negociadora, garantiza que los representantes de los trabajadores provenientes de ordenamientos y realidades heterogéneas puedan consensuar e intercambiar información en un clima de confianza, facilitando con ello que se superen las estrategias sindicales nacionales y surjan otras a nivel global.

La Directiva 2009/38 sigue previendo que los representantes de los trabajadores sean elegidos por y entre los representantes de los trabajadores o por el conjunto de los trabajadores, con arreglo a las legislaciones nacionales de cada Estado. No obstante, a diferencia del modelo anterior, donde se contemplaba un Comité de Empresa Europeo con un mínimo de tres miembros y un máximo de treinta sin concretar cómo debía llevarse a cabo el reparto de dichos miembros, ahora las normas subsidiarias de la Directiva 2009/38 disponen que los integrantes del Comité de Empresa Europeo serán elegidos o designados en proporción al número de trabajadores empleados en cada Estado miembro por la empresa o el grupo de empresas de dimensión comunitaria. De manera que para cada Estado miembro exista un miembro por cada grupo de trabajadores empleados en ese Estado miembro que represente el 10% del

número de trabajadores empleados en el conjunto de los Estados miembros, o una fracción de dicho grupo, es decir, que el Comité de Empresa Europeo tendrá como mínimo diez miembros, pero se deja abierto el número máximo para que pueda adaptarse a la configuración y localización de la sociedad en los Estados miembros⁵¹⁶. El nuevo reparto de los miembros que componen el Comité dispuesto por la Directiva 2009/38 fue incorporado por el legislador comunitario de las normas de referencia que disciplinan el órgano de representación de los trabajadores en la sociedad anónima europea⁵¹⁷.

La nueva redacción termina con la sobrerrepresentación de los Estados con menor número de plantilla, que dejan de tener un representante en el comité independientemente del número de trabajadores al que den empleo. Además, muy seguramente el cambio del sistema se deba a las ampliaciones que había sufrido la Unión Europea entre 1994 y 2009. Si bien en 1994 era posible establecer una representación mínima por Estado más una representación suplementaria proporcional, en función del número de trabajadores empleados, sin que el número de miembros del Comité de Empresa Europeo sobrepasase la treintena que marcaba como máximo la Directiva 94/45, el número actual de Estados miembro fácilmente duplicaría ese número máximo de representantes⁵¹⁸.

Finalmente, debe señalarse que en caso de que el Comité de Empresa Europeo se articule sobre la base del régimen subsidiario previsto en la Directiva 2009/38, se deberá llevar a cabo una deliberación cuatro años después de su constitución, sobre si deben entablarse negociaciones con vistas a la celebración del acuerdo entre las partes que supere el régimen subsidiario de las Directivas y de las legislaciones nacionales o si deben mantenerse vigentes las disposiciones que se venían aplicando.

En caso de que las partes acuerden iniciar un nuevo proceso negociador, el propio Comité de Empresa Europeo constituido al amparo de las normas subsidiarias ocupará el papel de comisión negociadora. Sin que sea necesario, por tanto, iniciar

⁵¹⁶ PICARD, Séverine, *European Works Councils...*, op. cit., p. 101.

⁵¹⁷ La implicación de los trabajadores en la sociedad anónima europea se regula a nivel comunitario mediante la Directiva 2001/86/CE. Al igual que las Directivas 94/45 y 2009/38, la Directiva 2001/86 también incorpora un anexo con disposiciones subsidiarias aplicables bajo determinadas circunstancias. Su análisis puede ser consultado en el apartado Capítulo 1.III.1.c.5 Las normas de referencia.

⁵¹⁸ En 1994 la Unión Europea tenía 12 Estados miembro, de tal suerte que se podía reservar un representante por Estado pues incluso en aquellos casos más extremos, en los que las empresas tuvieran centros de trabajo en todos los Estados, aún quedarían 18 miembros, tras descontar los 12 de los 30 como máximo que podía tener el Comité de Empresa Europeo al amparo de la Directiva 94/45, para repartir proporcionalmente en función del número de trabajadores empleados. Si se hubiera mantenido este régimen en 2009, tras la gran ampliación que sufrió la Unión Europea el 1 de mayo de 2004, con 27 Estados miembro, al reservar un representante por Estado, en un caso igual de extremo que el anterior, solo habrían quedado 3 representantes para repartir proporcionalmente. Sin duda, un reparto proporcional ridículo que no cumpliría con su cometido.

un nuevo procedimiento de nombramientos de representantes de los trabajadores, lo que demoraría el proceso⁵¹⁹.

Lamentablemente las instituciones comunitarias no han optado en este caso tampoco por una revisión más ambiciosa que fomente Comités de Empresa Europeos más eficaces. En este sentido, habría sido ciertamente más aconsejable modificar estas previsiones subsidiarias en el sentido solicitado por las organizaciones de los trabajadores. Por ejemplo, aumentando el número de veces en las que el comité se reúne de manera ordinaria o extraordinaria, eliminando la posibilidad de que las legislaciones nacionales limiten a un experto la financiación de los servicios de asesoramiento o la concreción de las causas excepcionales que obligan a la reunión del Comité de Empresa Europeo⁵²⁰.

b. Las normas subsidiarias y complementarias nacionales: el prototipo español

Distintas normas de la Directiva requiere del concurso de las legislaciones nacionales para poder ser efectivamente aplicables. En algunas ocasiones porque el legislador comunitario ha previsto que los Estados regulen libremente la materia, en otros porque se les exige su desarrollo.

En primer lugar, es interesante destacar que el legislador español, en su trasposición de la normativa comunitaria, ha incorporado un supuesto adicional de aplicación de la normativa subsidiaria española, además de los supuestos previstos ya por el artículo 7 de la Directiva 2009/38⁵²¹. El artículo 15.2 Ley 10/1997, de 24 de abril (en adelante LCEE⁵²²) dispone que serán también de aplicación las disposiciones subsidiarias una vez transcurrido un plazo de seis meses desde el inicio del procedimiento de negociación cuando la dirección central incumpla sus obligaciones en materia de constitución y convocatoria de la comisión negociadora previstas por la LCEE, o

⁵¹⁹ Los anexos de las Directivas prevén que “Los artículos 6 y 7 de la Directiva se aplicarán, *mutatis mutandis*, si se decide negociar un acuerdo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 6 de la Directiva, en cuyo caso la expresión «la comisión negociadora» se sustituirá por la de «el comité de empresa europeo»”.

⁵²⁰ Referencias a estas y otras reclamaciones pueden encontrarse en KÖLER, Holm-Detlev, GONZÁLEZ BEGEGA, Sergio, “Génesis política...”, *op. cit.*, pp. 463-464.

⁵²¹ Cuando así lo acuerden la dirección central y la comisión negociadora; cuando trascurren 6 meses desde la primera solicitud de apertura de negociaciones y la dirección central se niegue a comenzar con las negociaciones; cuando hayan transcurrido 3 años desde el inicio de las negociaciones y no haya sido posible alcanzar un acuerdo.

⁵²² La Ley 10/1997, de 24 de abril, ha sido la disposición mediante la cual el legislador español traspuso el contenido de la Directiva 94/45/CE al ordenamiento interno. Más tarde la Ley fue reformada mediante la Ley 44/1999, de 29 de noviembre, que introdujo los cambios normativos derivados de la Directiva 97/74/CE; mediante la Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social, RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, que al sistematizar las infracciones y sanciones en el orden social, elimina de la Ley 10/1997 los artículos referidos a las infracciones y sanciones; y, finalmente, mediante la Ley 10/2011, de 19 de mayo, que introduce los cambios derivados de la Directiva 2009/38.

suspenda unilateralmente las negociaciones sin causa justificada, o se comporte en ellas con manifiesta mala fe, y así se declare en todos los casos por sentencia judicial firme.

La doctrina criticó que estos incumplimientos empresariales debían ser objeto de procedimientos sancionatorios⁵²³, en su modalidad administrativa o judicial, más que suponer la aplicación subsidiaria de las normas españolas. Sin embargo, el ordenamiento español no impide el recurso a los procedimientos sancionatorios con carácter previo o simultáneo a la constitución subsidiaria del Comité de Empresa Europeo que permite el artículo 15 LCEE⁵²⁴. Por tanto, el modelo español configura un sistema más protector que el meramente sancionatorio, pues además de castigar la infracción empresarial asegura que la dirección central no pueda beneficiarse de este incumplimiento para obstaculizar ilegítimamente la constitución de un Comité de Empresa Europeo.

Asimismo, en cuanto a la formalización del acuerdo, nuestro país ha incorporado un requisito adicional al previsto por la normativa comunitaria que, como ya hemos señalado, se limita a exigir su formalización por escrito. La LCEE, artículo 13⁵²⁵, remitiendo al artículo 90 ET, impone que los acuerdos deberán ser presentados ante la autoridad laboral competente para su registro, depósito y publicación en el BOE. Esta exigencia es plenamente coherente con la regulación de nuestro ordenamiento de los convenios colectivos de eficacia general o *erga omnes*⁵²⁶. Además, este requisito facilita la publicidad de estos instrumentos de representación de los trabajadores, uno de los aspectos menos atendidos por la normativa europea, tal y como ha sido advertido en varias ocasiones.

⁵²³ SÁEZ LARA, Carmen, “La directiva 94/45, sobre el Comité de Empresa Europeo y su transposición al derecho español” en Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 78, 1996, p. 639.

⁵²⁴ En este sentido, MERCADER UGUINA, Jesús R., “Derechos de información y consulta...”, *op. cit.*, p. 1035; MENDOZA NAVAS, Natividad, “La construcción de instrumentos...”, *op. cit.*, p. 141.

⁵²⁵ Se ha señalado que la consignación por escrito de los acuerdos de constitución de un Comité de Empresa Europeo, art. 6.2 Directivas 94/45 y 2009/38, es una norma excluyente. Por tanto, los Estados miembro deberían haber incorporado esta previsión a sus legislaciones nacionales transcribiendo el precepto. No obstante, en este caso nos encontraríamos ante lo que se venido a denominar transcripción matizada, es decir, una transposición del contenido normativo de la Directiva, que respetando la esencial del mismo, permite que la recepción del derecho comunitario no violente las instituciones jurídicas propias del ordenamiento nacional. En este caso, la transposición acometida por el legislador español trataría de homologar, en lo que se refiere a requisitos formales, el acuerdo de constitución de un Comité de Empresa Europeo al modelo legal español de convenio colectivo (art. 90 ET). Al respecto, *vid.* CORREA CARRASCO, Manuel, “Concurrencia y articulación...”, *op. cit.*, p. 20.

⁵²⁶ El papel reservado a la autoridad laboral viene a garantizar que la eficacia general de lo negociado conviene a los intereses generales y, en especial, proporciona una adecuada seguridad jurídica a las partes intervinientes y a terceros afectados por la norma. Esta argumentación fue la usada por el CES para proponer que se debía instrumentar un depósito público o registro de acuerdos al igual que nuestra legislación prevé respecto de la negociación colectiva estatutaria, *vid.* Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, adoptado por el Pleno del CES en su sesión del día 24 de enero de 1996, p. 7.

Una vez clarificada la transposición de los requisitos formales, debemos analizar la adaptación y desarrollo acometida por nuestro ordenamiento sobre las normas sustantivas que han de regir el funcionamiento del Comité de Empresa Europeo en nuestro sistema de relaciones laborales.

En primer lugar, en cuanto al cómputo de los trabajadores de las sociedades para determinar si se alcanzan los umbrales necesarios para establecer que nos encontramos ante una empresa o grupo de dimensión comunitaria. El artículo 25 de la LCEE, optó por adaptar el régimen previsto en el artículo 72.2 ET y en el artículo 9 del Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprobó el Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa.

Los trabajadores de los centros situados en España con cualquier contrato de duración determinada, incluidos los contratos a tiempo parcial, superior a dos años se computarán como trabajadores fijos. Por su parte, aquellos con contratos de hasta dos años se computarán según el número de días trabajados en el periodo de dos años a la fecha de inicio del periodo de negociaciones. Cada 400 días trabajados o fracción se computarán como un trabajador más, regulación que endurece enormemente la legislación general prevista en el art. 72 ET⁵²⁷. No obstante, cuando el cociente que resulte de dividir por 400 el número de días trabajados en el citado período de dos años sea superior al número de trabajadores que se computan, se tendrá en cuenta, como máximo, el total de dichos trabajadores. Se fija, por tanto, un tope máximo al número de trabajadores para garantizar que nunca se tendrán en cuenta más trabajadores para la determinación de la dimensión de la empresa que el número de trabajadores que efectivamente han prestado sus servicios durante esos dos años.

Para el cálculo de estos días se deberán contabilizar tanto los días efectivamente trabajados, como los de descanso semanal, los días festivos y las vacaciones anuales⁵²⁸.

Nada dice la LCEE, en un desacertado descuido de nuestro legislador, sobre cómo deben computarse los trabajadores indefinidos que presten sus servicios en la empresa durante los dos años del cómputo. Parece que lo más razonable, teniendo en cuenta

⁵²⁷ El extraordinario endurecimiento del requisito de duración del contrato, en comparación con la normativa general prevista en el art. 72 ET, ha sido interpretado como el resultado de la adaptación acometida por el legislador español a ese periodo de dos años previstos en la Directiva duplicando toda referencia temporal de nuestro ordenamiento. No obstante, habría sido más correcto solo ampliar el periodo de referencia, pero no la duración de los contratos, QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz, *Dimensión de la empresa y órganos de representación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 94.

⁵²⁸ El artículo 25 Ley 10/1997 es en este sentido más restrictivo que la regulación prevista en el artículo 9 Reglamento 1844/1994: “los efectos del cómputo de los doscientos días trabajados previstos en el artículo 72.2.b), del Estatuto de los Trabajadores, se contabilizarán tanto los días efectivamente trabajados como los días de descanso, incluyendo descanso semanal, festivos y vacaciones anuales”. En este sentido vid. CRISTÓBAL RONCERO, Rosario, “El Comité de Empresa Europeo...”, *op. cit.*, p. 163.

que el precepto pretende fijar las reglas para calcular el promedio de trabajadores empleados en la empresa, es computar a cada trabajador indefinido como una unidad.

Más problemático puede ser el cómputo de los indefinidos que no hayan prestado sus servicios durante la totalidad de los dos años. En ese supuesto, parece que lo más adecuado es aplicar por analogía el régimen de los contratos de duración determinada⁵²⁹. De tal suerte que aquellos trabajadores indefinidos que no hayan sido empleados durante los dos años del cómputo, por haberse extinguido su contrato previamente o por haberse iniciado la relación a lo largo de esos dos años, deberán ser computados según el número de días trabajados. Cada 400 días o fracción se computarán como un trabajador⁵³⁰.

Nuestro sistema ha preferido determinar el número de trabajadores recurriendo a la media de la prestación de servicios de trabajadores para la empresa durante los dos últimos años, prescindiendo del potencial de desarrollo futuro. La elección de este criterio puede distorsionar la estimación de la plantilla de la sociedad, que a su vez determinará si es preceptivo o no la constitución del Comité de Empresa Europeo. Habría sido más recomendable, aunque ciertamente más complicado de implementar en la práctica, que las legislaciones hubieran optado por, al menos, valorar o ponderar las posibilidades futuras de empleabilidad de la compañía⁵³¹. Por ejemplo, si durante los cuatro últimos trimestres la compañía ha creado empleo al 3%, podríamos valorar que dicho incremento, al menos, se mantendrá en un futuro e incorporar al cálculo de la plantilla una ponderación, por ejemplo de la mitad de dicho crecimiento.

Cuestión también remitida por la Directiva a los ordenamientos nacionales es la de delimitar los sujetos que pueden tener la consideración de representante de los

⁵²⁹ Para el cómputo de los trabajadores indefinidos también se ha propuesto que se tengan en cuenta todos los trabajadores indefinidos, con independencia del número de días trabajados por estos, *vid.* CRISTÓBAL RINCERO, Rosario, “El Comité de Empresa Europeo...”, *op. cit.*, p. 162.

⁵³⁰ Alemania, a través del artículo §5 Ley EBRG, ha optado también por un cálculo muy similar al modelo español, aunque excluye expresamente al personal de alta dirección (una crítica a esta exclusión puede consultarse en PLITT, David, “La directiva 94/45/CE, sobre el comité de empresa...”, *op. cit.*, p. 114). Reino Unido, a través del artículo 6 LUKCEE, regula de una forma mucho más interesante el cálculo de trabajadores, dispuso que se debe determinar el número de trabajadores que prestan sus servicios cada mes de los dos años anteriores al inicio de las negociaciones, independientemente de que presenten o no sus servicios durante todo el mes, se suman el total de los trabajadores y se divide el resultado entre 24 para determinar el número de trabajadores en la empresa o centro de trabajo en Reino Unido. No obstante se prevé la posibilidad de contar solo medio trabajador por aquellos que presenten sus servicios por 75 horas o menos en aquellos meses en los que haya al menos 21 días laborales, los trabajadores no hayan faltado al trabajo y no haya prestado horas extraordinarias. Incluye así el Reino Unido régimen diferenciado para algunos trabajadores a tiempo parcial.

⁵³¹ Al respecto, PLITT, David, “La directiva 94/45/CE, sobre el comité de empresa...”, *op. cit.*, p. 114. En sentido contrario, SÁEZ LARA, Carmen, “La directiva 94/45, sobre el Comité de Empresa Europeo y su transposición al derecho español”, *op. cit.*, p. 632.

trabajadores. En nuestro país, corresponde a las representaciones sindicales, a los delegados de personal y a los miembros de los comités de empresa (art. 26 LCEE)⁵³².

La designación de los representantes concretos en el Comité de Empresa Europeo o en la comisión negociadora corresponderá por acuerdo de las secciones sindicales que en su conjunto sumen la mayoría de los miembros del comité o delegados de personal. Solo en defecto del acuerdo de las secciones sindicales la elección corresponderá a los todos los miembros de los comités de empresa y delegados de personal por acuerdo mayoritario de dichos miembros y delegados⁵³³. El mismo procedimiento se seguirá para revocar en cualquier momento a los representantes elegidos⁵³⁴.

En caso de que se produzca un empate en la designación de los representantes al Comité de Empresa Europeo, en defecto de acuerdo entre las partes será posible acudir a la aplicación por analogía del art. 70 ET y corresponderá designar a aquel trabajador con mayor antigüedad de entre los que estuvieran empatados⁵³⁵.

Es importante subrayar que la designación de los miembros del Comité de Empresa Europeo no tiene por qué ser proporcional a los resultados electorales de los representantes de los trabajadores en la empresa o grupo en nuestro país, siempre y cuando el acuerdo de constitución del Comité no reconozca competencias negociadoras para este órgano⁵³⁶.

La Directiva remite también a los ordenamientos nacionales las garantías de las que gozan los representantes de los trabajadores en el Comité de Empresa Europeo en el ejercicio de sus funciones. En nuestro caso, se les otorga unas garantías similares a las de los representantes de los trabajadores nacionales.

Los miembros de los Comités de Empresa Europeos, así como los de las comisiones negociadoras, gozarán en el ejercicio de sus funciones de la protección y garantías

⁵³² La doctrina ha valorado positivamente que la norma española, en contraste con la norma comunitaria, mucho más fría en el papel reservado a los sindicatos, optara por reconocer la atribución de representantes de los trabajadores también al canal sindical, *vid.* MERCADER UGUINA, Jesús R., “Derechos de información y consulta...”, *op. cit.*, p. 1041.

⁵³³ Así, se ha determinado que, en defecto de acuerdo entre las secciones sindicales que supongan la mayoría de los miembros de los comités de empresa o de los delegados de personal, corresponde la elección a todos los representantes unitarios porque ese es el único medio de asegurar una elección democrática, sin que sea posible que dicha elección sea asumida por el Comité Intercentros, SAN de 4 de julio de 2012 (JUR 2012/247554).

⁵³⁴ SAN 10 de julio de 2001 (JUR 2001/308102).

⁵³⁵ La solución es aplicada por la STSJ de Castilla y León de 31 de diciembre de 2001 (R° 2200/2001).

⁵³⁶ El Tribunal Supremo ha reconocido en diversas ocasiones que el nombramiento del representante en el Comité de Empresa Europeo por voto mayoritario entre los representantes nacionales no vulnera la libertad sindical de los trabajadores no elegidos pues el Comité de Empresa Europeo no es un órgano de negociación de las condiciones de trabajo ni, por tanto, implica un ejercicio de actividad sindical vinculado a la negociación colectiva (STS 22 de diciembre de 2008, R° 143/2007 y STS 16 de diciembre de 2009, R° 139/2008, STSJ de Aragón de 11 de junio de 1997, AS 1997/2092).

previstas en el Estatuto de los Trabajadores para los representantes de los trabajadores, salvo lo previsto para el crédito horario (art. 28.1 LCEE). Es este sentido, se les reconoce a los representantes de los trabajadores, por ejemplo, las garantías frente a sanciones o despidos, frente a discriminaciones, prioridad de permanencia, derecho a la elección entre la extinción o la indemnización en caso de ser objeto de un despido declarado improcedente.

En cuanto al uso del crédito horario, la exclusión del mismo en las normas subsidiarias españolas, que a priori podría sorprender, debe ser analizada a la vista del conjunto de las normas que regulan los Comités de Empresa Europeos ante la ausencia de acuerdo entre las partes. Por tanto, como representantes nacionales ya dispondrán de un crédito horario propio (art. 68.e ET, art. 10.3 LOLS). Al ya disfrutar del crédito horario, en su condición de representantes de los trabajadores en nuestro país, la LCEE se limita a reconocer que los representantes tendrán derecho a los permisos retribuidos para asistir a las reuniones con la dirección de la empresa y aquellas que puedan celebrar previamente los representantes de los trabajadores (art. 28.2 LCEE). Adicionalmente también se les concede un crédito anual de sesenta horas para desarrollar las funciones derivadas de su condición de representante europeo de los trabajadores (art. 28.3 LCEE).

El ordenamiento español, en relación con este deber de secreto, ha dispuesto que la dirección central, excepcionalmente, no estará obligada a comunicar aquellas informaciones específicas relacionadas con secretos industriales, financieros o comerciales cuya divulgación pudiera, según criterios objetivos, obstaculizar el funcionamiento de la empresa u ocasionar graves perjuicios en su estabilidad económica. Esta excepción no abarca aquellos datos que tengan relación con el volumen de empleo en la empresa (art. 22.2 LCEE).

El legislador español optó, a propuesta del CES, por usar el concepto tradicional de secreto empresarial. Esta noción requiere de la concurrencia de tres requisitos: el carácter reservado del conocimiento, voluntad de ocultación por parte de su titular e interés en mantener su secreto, debido a su valor patrimonial⁵³⁷.

El control de la información calificada de secreto empresarial, así como los posibles incumplimientos de los representantes de los trabajadores se han articulado en nuestro ordenamiento a través de un doble proceso a posteriori. La LISOS califica como infracción muy grave el abuso en el establecimiento de la obligación de confidencialidad en la información proporcionada a la representación de los

⁵³⁷ Sobre el secreto empresarial en la actuación del Comité de Empresa Europeo *vid.* MERCADER UGUINA, Jesús R., “Derechos de información y consulta...”, *op. cit.*, p. 1039.

trabajadores⁵³⁸. Por su parte, además, se tramitará conforme al proceso de conflictos colectivos la impugnación de las decisiones de la dirección central de atribuir carácter confidencial o de no comunicar determinadas informaciones a los miembros de la comisión negociadora, del comité de empresa europeo y, en su caso, a los representantes de los trabajadores en el marco de un procedimiento alternativo de información y consulta⁵³⁹. Asimismo se tramitarán conforme a este proceso los litigios relativos al cumplimiento por los representantes de los trabajadores y por los expertos que les asistan de su obligación de confidencialidad (art. 38.5 LCEE).

Aunque el proceso a posteriori otorga una protección suficiente a los derechos en juego, habría sido interesante que nuestro legislador hubiera hecho uso de la posibilidad de establecer un control previo, tal y como contemplan las Directivas en sus artículos 8.2 in fine. Un proceso previo ofrecería mayor seguridad jurídica, tanto a la empresa a la hora de calificar como secreto determinada información, como a los representantes de los trabajadores que tendrían la certeza que la información calificada como secreto efectivamente merece esa calificación. Además, la autorización previa de la calificación como secreto de la información ofrecería una solución más rápida a las partes que, desde antes incluso de que surja el problema, conocerían si la información merece dicha calificación y no tendrían que esperar a recurrir la actuación empresarial a la autoridad administrativa o judicial correspondiente.

Otro problema no contemplado por la regulación comunitaria y remitido a las legislaciones nacionales es el régimen sancionatorio. El problema es que esta regulación puede producir graves desigualdades entre los trabajadores de una empresa. En función del Estado en el que se produzca el incumplimiento el régimen sancionatorio será uno u otro⁵⁴⁰. Por su importancia, analizaremos en profundidad estas normas a continuación.

7. Tutela de los Derechos

De acuerdo al artículo 11 de las Directivas y tal y como hemos avanzado, los Estados miembros deberán prever medidas adecuadas en caso de incumplimiento de la presente Directiva y, en particular, velarán por la existencia de procedimientos

⁵³⁸ Art. 9.2.c LISOS. Las infracciones muy graves son sancionadas con multa de 6.251€ a 187.515€ art. 40.1.c LISOS.

⁵³⁹ En sentido contrario, solo se ha valorado la posibilidad de acudir al procedimiento sancionatorio, previsto en el artículo 33.4 LCEE en un primer momento y recogido en la actualidad en la LISOS, afirmando que dicho proceso no persigue la reparación de la infracción, sino solo su castigo económico, *vid.* MENDOZA NAVAS, Natividad, “La construcción de instrumentos...”, *op. cit.*, p. 150.

⁵⁴⁰ Alerta de este peligro ESPEJO MEGÍAS, Patricia, “La participación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 156.

administrativos o judiciales que permitan la ejecución de las obligaciones derivadas de la normativa comunitaria.

En el caso español, se ha establecido una doble tutela. En primer lugar, administrativa, regulada en un primer momento en los artículos 33 y 34 de la LCEE, en la actualidad se encuentra recogida en el art. 9 LISOS. Las infracciones, todas ellas incumplimientos empresariales, se dividen en graves y muy graves. Su sanción está recogida en el artículo 40 LISOS.

El ordenamiento español también ha previsto que se pueda recurrir ante la autoridad judicial competente los posibles incumplimientos. En este caso el artículo 38 LCEE establece hasta tres modalidades procesales para reparar los posibles incumplimientos⁵⁴¹: a) proceso de conflictos colectivo: para los litigios relativos a la negociación para la constitución del Comité de Empresa Europeo o procedimiento alternativo, a su constitución y funcionamiento, aquellos procesos que traten sobre las decisiones de la dirección central de atribuir a determinadas informaciones el carácter de secretas, así como los litigios relativos al cumplimiento por los representantes de los trabajadores o los expertos que los asistan de su obligación de confidencialidad, así como la posible impugnación de cualquier acuerdo entre la dirección central y los representantes de los trabajadores, incluyendo expresamente el acuerdo mayoritario de los representantes de los trabajadores de rechazar adoptar un Comité de Empresa Europeo o el de someter el Comité de Empresa Europeo a las disposiciones subsidiarias de nuestro Estado.; b) procedimiento de despido, de extinción por causas objetivas y despido colectivo; c) proceso por lesión de la libertad sindical u otro derecho fundamental.

Los anteriores procesos podrán ser promovidos por los empresarios, los representantes de los trabajadores, la comisión negociadora y el Comité de Empresa Europeo. Así como los sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales que estarán legitimados para la defensa de sus derechos e intereses legítimos (art. 37 LCEE). No se reconoce, por tanto, a los trabajadores la legitimación activa, lo que tendrá efectos negativos en la tutela del proceso de constitución del Comité de Empresa Europeo, como en seguida señalaremos.

El conocimiento de estos procedimientos está asignado de forma expresa, como no podría ser de otra forma, a los órganos jurisdiccionales del orden social (art. 35 LCEE). La previsión no ofrece pues ninguna novedad respecto de la regulación general prevista en el artículo 2 LRJS⁵⁴².

⁵⁴¹ Sobre los procedimientos de impugnación puede consultarse: MERCADER UGUINA, Jesús R., “Derechos de información y consulta...”, *op. cit.*, p. 1043.

⁵⁴² MOLINER TAMBORERO, Gonzalo, “La competencia judicial...”, *op. cit.*, p. 444.

Debemos hacer referencia también a la competencia internacional de los tribunales españoles pues los conflictos que surjan en la puesta en marcha o desarrollo de los Comités de Empresa Europeos, al ser estos órganos de representación de empresas de dimensión comunitaria, podrán implicar una pluralidad de órganos jurisdiccionales de diferentes Estados. El artículo 36 LCEE ha previsto que serán competentes los tribunales españoles cuando así lo hayan acordado las partes o⁵⁴³, en su defecto, cuando el demandado tenga su domicilio en España o cuando la obligación que sirviese de base a la demanda hubiese sido o debiese ser cumplida en territorio español. Las coincidencias, por tanto, con los foros generales previstos en el artículo 25 LOPJ, donde se encuentra regulada la competencia internacional de los órganos jurisdiccionales del orden social en nuestro país con carácter general, son elevadas⁵⁴⁴.

Además, las dos vías descritas de impugnación se entienden sin perjuicio del derecho de las partes a acudir a los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos (art. 41 LCEE).

Particular mención merecen los conflictos surgidos ante la falta de información previa por parte de la dirección empresarial, pues dicha omisión imposibilita la puesta en marcha de los mecanismos de negociación conducentes a la puesta en marcha del Comité de Empresa Europeo.

En nuestro país, conforme a los procedimientos descritos, los representantes de los trabajadores podrán acudir a dos posibles vías de acción frente a la omisión empresarial: los artículos 9 y 40 de la LISOS, y 35 y siguientes de la LCEE. El primero de los procedimientos tiene claramente naturaleza sancionatoria y no garantiza el cumplimiento efectivo de la obligación incumplida por la representación empresarial. La imposición de una multa económica, por muy sustanciosa que esta sea⁵⁴⁵, no garantiza el cumplimiento del deber.

El segundo de los mecanismos articulados por la legislación española para responder a la falta de información proporcionada por la dirección empresarial se deriva del

⁵⁴³ El artículo 36.3 LCEE prevé que “A los efectos previstos en los apartados anteriores, y en ausencia de acuerdo o de determinación expresa al respecto, se entenderá que el domicilio de la comisión negociadora y del comité de empresa europeo es el de la dirección central”.

⁵⁴⁴ A pesar de las coincidencias entre las normas generales de delimitación de la competencia y las normas previstas en la LCEE, en los conflictos surgidos en el marco de un Comité de Empresa Europeo, la determinación de los órganos competentes para conocer de los litigios deberá realizarse siempre conforme al art. 36 LCEE, que constituye *lex specialis* del art. 25 LOPJ, *vid.* TERRADILLOS ORMAETXEA, Edurne, “La negociación colectiva europea en la empresa transnacional” en RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M^a Luz, *La negociación colectiva europea*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, p. 317.

⁵⁴⁵ El artículo 40 LISOS prevé multas desde 626 euros hasta 187.515 euros. Aunque en un primer momento pueda parecer que la cuantía de las mismas es elevada. No obstante, debe valorarse que las empresas de dimensión comunitaria suelen manejar elevados presupuestos frente a los cuales la cuantía puede no generar el debido efecto disuasorio.

artículo 38.1 de la LCEE⁵⁴⁶, que a su vez deriva al proceso de conflictos colectivos, previsto en los artículos 153 a 162 LRJS, los litigios relativos a la negociación para la constitución de un comité de empresa europeo. No se menciona expresamente, por tanto, las fases previas a la negociación. No obstante, la única forma de tutelar la lesión del derecho a la información de los representantes de los trabajadores es entender que las posibles irregularidades durante la fase previa también deban enjuiciarse a través del proceso de conflicto colectivo⁵⁴⁷. La sentencia dictada en los procesos de conflictos colectivos declarará la existencia o no de la vulneración denunciada. En su caso, ordenará el cese inmediato de la vulneración y la reposición de la situación al momento anterior a producirse, condenando al demandado a la reparación de las consecuencias derivadas de su conducta, incluida la indemnización de daños y perjuicios que procediera (artículo 39.1 LCEE).

Aunque se haya clarificado qué proceso debe seguirse para impugnar los incumplimientos durante las fases preparatorias, todavía persiste otra dificultad como consecuencia de la legitimación activa en los procesos de conflicto colectivo al amparo del artículo 154 LRJS. Nuestro ordenamiento se construye sobre el protagonismo de las organizaciones sindicales, ello justifica que se señale como sujetos legitimados para interponer conflictos colectivos en el ámbito superior a la empresa los sindicatos cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto. En el ámbito empresarial, por su parte, la representación se restringe a la representación legal o sindical de los trabajadores. Por el contrario, la regulación de los Comités de Empresa Europeos se caracteriza, como ya se ha tenido la oportunidad de señalar, por intentar minimizar el papel de las organizaciones sindicales. Es precisamente esa diferente concepción en la articulación de la defensa de los representantes de los trabajadores la que provoca que surja una contrariedad indeseada.

Cuando las negociaciones para incorporar un Comité de Empresa Europeo en un grupo de dimensión comunitaria son impulsadas por los propios trabajadores, recordemos que la solicitud escrita de cien de ellos puede poner en marcha el proceso

⁵⁴⁶ El artículo 38.1 LCEE: “Los litigios relativos a la negociación para la constitución de un comité de empresa europeo o el establecimiento de un procedimiento alternativo de información y consulta a los trabajadores, así como los relativos a la constitución y al funcionamiento de dichos órganos y procedimientos y los relacionados con los derechos y garantías de los representantes de los trabajadores en los mismos, se tramitarán conforme al proceso de conflictos colectivos regulado en el capítulo VIII del Título II del Libro II de la Ley de Procedimiento Laboral”. La LPL, como es de sobra conocido, fue derogada expresamente por la Disposición Derogatoria Única de la LRJS.

⁵⁴⁷ Como quiera que el procedimiento sancionador previsto en la LISOS únicamente impone un castigo económico sin imponer que simultáneamente se tenga que cumplir con la obligación de informar, se ha puesto de manifiesto que de no aceptarse esta interpretación se estaría incumpliendo el mandato de las Directivas, artículos 4 y 11, que obligan a los Estados miembro a adoptar las medidas necesarias para garantizar plenamente el cumplimiento de las Directivas, *vid.* ESPEJO MEGÍAS, Patricia, “La participación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 151.

para la constitución de la comisión negociadora, y estos se encuentren con algún tipo de incumplimiento, los promotores de las negociaciones, ya sea durante las fases previas o durante las propias negociaciones, no podrán impugnar directamente el incumplimiento empresarial por carecer de legitimación activa, pues ni la LRJS ni la propia LCEE les han reconocido legitimación activa. Es cierto que en ningún caso la carencia de legitimación activa de los trabajadores no provoca su desamparo, pues una vez formada la comisión negociadora esta sí tendrá legitimación activa o incluso será posible que los trabajadores acudan a los sindicatos más representativos para que estos puedan iniciar el procedimiento en el que, ahora sí, podrán personarse los impulsores de las negociaciones, al amparo del artículo 155 LRJS. Aunque la limitación a la tutela judicial efectiva derivada de la carencia de legitimación activa señalada sea mínima y proporcional⁵⁴⁸, parece más razonable que aquellos que pueden iniciar el procedimiento pudieran en todo momento acudir a la autoridad judicial correspondiente en garantía y defensa de sus interés y derechos, sin que su defensa dependa de terceros sujetos como ocurre en la regulación actual.

III. LOS COMITÉS DE EMPRESA EUROPEOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

1. La implementación de los Comités de Empresa Europeos en España

El contenido de la Directiva 94/45 fue traspuesto en nuestro país a través de la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria⁵⁴⁹. Desde ese momento, la representación de los trabajadores y las direcciones de las empresas de dimensión europea con sede central en nuestro país o con sede en un Estado no miembro de la Unión, pero designando nuestro país como sede, han podido acordar la constitución de Comités de Empresa Europeos acogiéndose a las normas comunitarias.

De las 56 empresas de dimensión comunitaria identificadas en nuestro país por el ETUI, solo 12 han alcanzado un acuerdo para incorporar un Comité de Empresa Europeo que haya sido publicado en el BOE⁵⁵⁰. El resultado es sin duda

⁵⁴⁸ CASAS BAAMONDE, María Emilia, “Dimensión transnacional de leyes nacionales, comités de empresa europeos y procesos y sentencias de conflictos colectivos” en *Relaciones Laborales*, vol. II, p. 38.

⁵⁴⁹ La Ley 10/1997, de 24 de abril, ha sido posteriormente reformada para adaptar su contenido a la extensión de la Directiva 94/45/CE al Reino Unido, mediante la Ley 44/1999, de 29 de noviembre; y para incorporar las modificaciones previstas en la Directiva 2009/38/CE, a través de la Ley 10/2011, de 19 de mayo.

⁵⁵⁰ Tal y como se ha señalado, en la trasposición realizada de las Directivas 94/45 y 2009/38 el legislador español incorporó un requisito adicional. La Ley 10/1997, de 24 de abril, artículo 13, remitiendo al artículo 90 ET, impone que los acuerdos deberán ser presentados ante la autoridad laboral competente para su registro, depósito y publicación en el BOE. Este requisito es plenamente coherente con la regulación de nuestro ordenamiento de los convenios colectivos de eficacia general o *erga omnes*. No obstante, cuatro empresas han

decepcionante. Esta cifra tan reducida de acuerdos podría venir explicada por la baja tasa de empresas de dimensión comunitaria de nuestro país y por el tamaño pequeño-mediano de nuestras empresas que dificultaría que alcancen el umbral de los 1000 trabajadores necesarios para constituir un Comité de Empresa Europeo⁵⁵¹. Nuestras empresas tienen a internacionalizar su actividad hacia Latinoamérica por cuestiones de cercanía cultural. No obstante, no explica por qué grandes empresas españolas, con sede en Estados europeos, han tardado tantos años en constituir su Comité de Empresa Europeo. Quizá la razón radique en el recelo y desconocimiento que esta figura genera⁵⁵².

De los doce acuerdos publicados en el BOE, el primero fue aprobado casi en paralelo a la trasposición de la Directiva, suscrito por Repsol el 16 de julio de 1997⁵⁵³, por un periodo de 2 años con renovación automática de su vigencia a la expiración de cada periodo. La redacción de este Comité de Empresa Europeo es particularmente interesante porque es el único que se incluye dentro de un acuerdo marco español. Ello hace que este acuerdo solo fuera negociado por los sindicatos más representativos a nivel nacional, que además tenían la mayoría de la representación en los distintos comités de empresa españoles. En su apartado 17 contiene la regulación del procedimiento de información y consulta a nivel europeo.

alcanzado acuerdos para constituir un Comité de Empresa Europeo en su seno que no han sido publicados en el BOE: Grupo Gestamp (29 de enero de 2015), Grupo Ferroatlántica (4 de febrero de 2014), Grupo AMADEUS (25 de mayo de 2013) y Grupo Campofrío (4 de marzo de 2009). La publicidad de los convenios colectivos, prevista en el artículo 90 ET, pretende garantizar el conocimiento general de lo pactado entre las partes, singularmente de terceros, sin que la falta de publicidad oficial, tal y como se ha señalado, prive de eficacia a la norma paccionada (véase, en este sentido nota al pie 511).

⁵⁵¹ KÖLER, Holm-Detlev, GONZÁLEZ BEGEGA, Sergio, “European Works Councils in Spain”, HERWIG, Markus, PRIES, Ludger y RAMPELTSHAMMER, Luitpold (Ed.), *European Works Councils in complementary perspectives*, ETUI, Bruselas, 2009, p. 205.

⁵⁵² Otros factores que pueden explicar las escasas constituciones de en nuestro país de Comités de Empresa Europeos son: la estructura empresarial española con un alto número de pequeñas y medianas empresas por debajo del umbral de los 1000 trabajadores exigidos por la Directiva; las fuertes reticencias de la patronal española a ceder, aunque sea de forma indirecta, parte del control de sus empresas a los representantes de los trabajadores; la escasa tradición e iniciativa de los sindicatos españoles a la hora de reivindicar la constitución de Comités de Empresa Europeos en nuestro país. Mientras que estos factores parecen ser confirmados por los propios actores implicados en la constitución (sindicatos, patronal y representantes institucionales) otros, como el coste económico de implementar esta medida no es apoyado por datos empíricos. Al respecto *vid.* ALBALATE, Joaquín Juan, “La implantación de...”, *op. cit.*, pp. 193 y ss.

⁵⁵³ Acuerdo publicado en el BOE el 10 de diciembre de 1997 (BOE 295). Posteriormente se han publicado varias actualizaciones: Acuerdo de 12 de noviembre de 2001 (BOE 29 de noviembre, núm. 286) y Acuerdo de 30 de mayo de 2011 (BOE 18 de julio, núm. 171).

Más tarde vinieron los acuerdos de GE Power Controls Ibérica⁵⁵⁴, Grupo Praxair⁵⁵⁵, grupo Tafisa⁵⁵⁶, Altadis⁵⁵⁷, Grupo Banco Bilbao Vizcaya Argentaria⁵⁵⁸, Grupo Saica⁵⁵⁹, Grupo Santander⁵⁶⁰, Grupo AXA⁵⁶¹, Roca Corporación Empresarial⁵⁶², Grupo Abertis⁵⁶³ y, el más reciente, del Grupo Prosegur⁵⁶⁴. Además, aunque sin publicar en el BOE, se han constituido cuatro Comités de Empresa Europeos adicionales en los grupos Gestamp, Ferroatlántica, Amadeus y Campofrío⁵⁶⁵.

La constitución de Comités de Empresa Europeos en nuestro país ha tenido, por tanto, un éxito moderado. Solo el 17,8% de las empresas que podrían haber constituido un Comité de Empresa Europeo lo han hecho efectivamente. Lejos estamos, por tanto, de la media europea en la que la mitad de las empresas ya han incorporado mecanismos de información y consulta con sus trabajadores⁵⁶⁶.

⁵⁵⁴ Acuerdo de 26 de noviembre de 1999 (BOE 21 de diciembre, núm. 304). El mencionado Acuerdo se encuentra sin efecto al haber sido pactado una nueva regulación entre los representantes de los trabajadores y la sede central, ahora localizada en Hungría. El grupo ahora denominado *GE Consumer & Industrial* actualizó por última vez el Comité de Empresa Europeo 14 de septiembre de 2007.

⁵⁵⁵ La sede central del Grupo Praxair se encuentra en los EE.UU. La matriz estadounidense designó Praxair España como sede central para constituir el Comité de Empresa Europeo. Lo que finalmente ocurrió mediante el Acuerdo de 4 de abril de 2000 (BOE 21 de junio, núm. 148). Actualizado posteriormente mediante el Acuerdo de 4 de mayo de 2004 (BOE de 1 de julio, núm. 158).

⁵⁵⁶ Acuerdo de 13 de marzo de 2002 (BOE 11 de abril de 2002, núm. 87).

⁵⁵⁷ Acuerdo de 14 de noviembre de 2002 (BOE 10 de enero de 2003, núm. 9). Este Acuerdo dejó de estar vigente tras la adquisición de Altadis por Imperial Tobacco en el año 2010. El nuevo grupo, surgido tras la adquisición, renegoció los procedimientos de información y consulta sobre la base del acuerdo preexistente de Imperial Tobacco y concibió un nuevo acuerdo, vigente desde el 30 de marzo de 2011, con efectos retroactivos a la fecha de compra 14 de noviembre de 2010. No obstante, en la medida en la que el acuerdo de Altadis fue publicado en nuestro BOE y contiene interesantes avances en comparación con el resto de los Comités de Empresa Europeos españoles, analizaremos este convenio.

⁵⁵⁸ Acuerdo de 3 de junio de 2004 (BOE 3 de agosto de 2004).

⁵⁵⁹ Acuerdo de 21 de junio de 2004 (BOE 24 de agosto, núm. 204).

⁵⁶⁰ Acuerdo de 16 de marzo de 2005 (BOE 30 de mayo, núm. 128).

⁵⁶¹ Aunque la sede central del Grupo AXA se encuentra en Francia, se publicó en nuestro país el Acuerdo de constitución del Comité de Empresa Europeo. Acuerdo de 6 de octubre de 2005 (BOE 7 de junio de 2006, núm. 135).

⁵⁶² Acuerdo de 31 de octubre de 2000 (BOE 19 de diciembre, núm. 303). Renegociado posteriormente mediante Acuerdo 2 de julio de 2007 (BOE 3 de septiembre, núm. 211) y Acuerdo de 9 de julio de 2014 (BOE 18 de agosto, núm. 200).

⁵⁶³ Acuerdo de 23 de julio de 2012 (BOE 21 de septiembre, núm. 228).

⁵⁶⁴ Acuerdo de 15 de noviembre de 2013 (BOE 23 de enero de 2014, núm. 20).

⁵⁶⁵ Grupo Gestamp (29 de enero de 2015), Grupo Ferroatlántica (4 de febrero de 2014), Grupo AMADEUS (25 de mayo de 2013) y Grupo Campofrío (4 de marzo de 2009). Estos acuerdos pueden encontrarse en la base de datos del ETUI (<http://www.CEEdb.eu>).

⁵⁶⁶ 1.088 empresas poseen un acuerdo vigente mediante el cual se aprueba un Comité de Empresa Europeo (Apenas el 1% del total han optado por constituir acuerdos específicos en lugar de un Comité de Empresa Europeo, por ello hablamos con carácter general de acuerdos de constitución de un Comité de Empresa Europeo), lo que representa poco más del 50% de las 2.048 empresas de dimensión comunitaria identificadas

Cada uno de estos acuerdos está influenciado por el contexto en el que fue negociado y por la cultura empresarial propia de cada compañía. Ello hace que algunos hayan incorporado interesantes soluciones o alternativas a problemas derivados de la articulación de la representación de los trabajadores a nivel europeo, mientras que otros se han limitado a transcribir el contenido de las Directivas y de la Ley 10/1997. Sin embargo, del análisis de todos ellos pueden extraerse conclusiones generales e incluso un paradigma general de Comité de Empresa Europeo español.

En primer lugar, ningún ha optado por configurar el espacio europeo como una unidad negocial en la que discutir y acordar las condiciones de trabajo en la empresa. De hecho, en sentido opuesto, algunos expresamente proscriben esa posibilidad como el acuerdo del Grupo Saica⁵⁶⁷, artículo 1. Recordemos que las Directivas comunitarias y las trasposiciones nacionales solo fijaban una regulación subsidiaria a las partes, pero estas podían mejorar o regular de forma diferente. Por tanto, las direcciones empresariales y los representantes de los trabajadores podrían haber aprovechado la negociación de estos acuerdos para implementar mecanismos de negociación a nivel comunitario, aunque estos fueran muy rudimentarios.

Los acuerdos tampoco han incorporado a Estados ajenos a la Unión Europea. Nada impide que las partes negociadoras acuerden un ámbito de aplicación que supere las fronteras europeas. En ese sentido, se podría haber optado, aprovechando el mandato de la Directiva 94/45, para constituir procedimientos de información y consulta en consonancia con la estructura real de la empresa o del grupo empresarial. Es decir, constituir un procedimiento de información y consulta o un Comité de Empresa Europeo que abarcara todos los Estados en los que la empresa o el grupo tuviera presencia, con independencia de si estos fueran o no europeos.

Menos ambicioso, pero más razonable, habría sido tener, al menos, en cuenta a los Estados candidatos a formar parte de la Unión Europea. No obstante, ni siquiera este paso ha sido dado por las comisiones negociadoras. Es cierto que en la actualidad no

por el ETUI. La mayoría de los acuerdos han sido alcanzados en el sector del metal y la química, circunstancia que no sorprende por ser estos sectores especialmente sindicalizados y caracterizados por empresas de grandes dimensiones. Si observamos los Comités de Empresa Europeos por el Estado de origen de su sede central tampoco sorprenderá ver que los países con un mayor número de Comités de Empresa Europeos son, por orden decreciente: Alemania, USA, Francia y UK. Sin duda, Estados con un gran número de empresas de dimensión comunitaria. Datos extraídos del último boletín estadístico elaborado por el ETUI (junio de 2015), http://www.EWCdb.eu/documents/freegraphs/2014_12_ES.pdf.

⁵⁶⁷ El artículo 1 del Acuerdo de constitución del Comité de Empresa Europeo del grupo Saica dispone: “*El Comité de Empresa Europeo de SAICA es una instancia que reúne a la Dirección del Grupo y a los representantes de los trabajadores del mismo en los países miembros de la Unión Europea donde el Grupo tenga empresas en las que ostente una participación igual o superior al 51% del capital. [...] En ningún caso el Comité de Empresa Europeo de SAICA será una instancia de negociación*”.

se prevé el crecimiento de la Unión Europea a corto plazo⁵⁶⁸. Sin embargo, en momentos pretéritos, en los que era más fácil vislumbrar la incorporación de determinados Estados, los negociadores tampoco optaron por una regulación expansiva previsoras. En este sentido, por ejemplo, Roca tuvo que adaptar en 2007 su Comité de Empresa Europeo a las incorporaciones de Bulgaria y Rumanía a la Unión, que se habían producido ese mismo año.

La tercera reflexión que puede extraerse de la lectura de los acuerdos, es su carácter escasamente innovador, en general se limitan a asumir el régimen subsidiario previsto por las Directivas comunitarias y por la Ley 10/1997. Casi todos son textos muy escuetos, que en algunas ocasiones solo proceden a constituir formalmente el Comité de Empresa Europeo sin incorporar previsiones más allá.

Si tuviéramos que describir cómo sería el Comité de Empresa Europeo español típico, podríamos señalar que este sigue el modelo francés –es decir, que el órgano está compuesto por representantes de los trabajadores y de la dirección de la empresa– y posee un escaso número de miembros y, por tanto, está alejado de la práctica habitual en la composición cuantitativa de la representación de los trabajadores en nuestro país. Los miembros del Comité de Empresa Europeo se reparten de forma proporcional entre todos los Estados en los que la empresa o el grupo tienen presencia; los representantes españoles, fruto de ese reparto proporcional, son elegidos en segundo grado de entre los representantes unitarios o sindicales españoles y deben cumplir con los requisitos marcados por el artículo 69.2 ET para poder resultar elegidos. Los mismos requisitos y la misma fórmula que se usará para designar a los suplentes de los representantes titulares.

A pesar del escaso número de representantes, el prototipo de Comité de Empresa Europeo español cuenta con un comité restringido para facilitar la eficacia de su actividad. Los gastos del funcionamiento ordinario del comité restringido, así como del plenario del Comité de Empresa Europeo, serán sufragados por la dirección central. Dentro de gastos ordinarios se incluye la financiación de la traducción simultánea de las reuniones y de los documentos de trabajo, los gastos de manutención y dietas de los desplazamientos de los representantes de los trabajadores a la reunión anual del Comité de Empresa Europeo y a las extraordinarias que se convoquen, así como la de un asesor externo, que podrá asistir a las mismas con voz, pero sin voto.

La información y consulta del Comité de Empresa Europeo se limitará exclusivamente a las cuestiones transnacionales que afecten al grupo o a la empresa.

⁵⁶⁸ Los Estados con estatus de candidatos son: Albania, Antigua República Yugoslava de Macedonia, Islandia, Montenegro, Serbia y Turquía. A Bosnia y Herzegovina y Kosovo se les reconoce el estatus de candidatos potenciales.

La actuación de los representantes de los trabajadores estará sometida al principio de confidencialidad.

A continuación abordaremos el análisis del contenido de los acuerdos sometidos a la legislación española con mayor detenimiento, centrando nuestra atención en los requisitos formales previos, es decir, el tipo de Comité de Empresa Europeo, el número de representantes que lo componen y los criterios para distribuir la representación entre los distintos Estados en los que la empresa tiene presencia. En segundo lugar, se estudiarán los sujetos que componen el Comité de Empresa Europeo, analizando para ello la fórmula elegida para designar a los representantes que formarán parte del Comité de Empresa Europeo, los requisitos que deban cumplir los representantes para poder formar parte del Comité de Empresa Europeo, el nombramiento, o no, de suplentes y la determinación de la representación por parte de la dirección empresarial. Finalmente, se examinará el funcionamiento de los Comité de Empresa Europeo, es decir, la existencia, o no, de un comité restringido, sus gastos de funcionamiento, el número y el tipo de reuniones que se celebrarán, la vinculación por un deber de confidencialidad y, finalmente, las competencias y materias objeto de información y consulta.

2. Requisitos formales de la puesta en funcionamiento de los Comités de Empresa Europeos

Una aproximación a los Comités de Empresa Europeos españoles debe comenzar obligatoriamente por el análisis de los elementos configuradores de estos órganos de representación. Es decir, por los elementos a partir de los cuales los comités de empresa son modelados.

En este sentido, es importante señalar que de forma mayoritaria los Comités de Empresa Europeos españoles se han articulado sobre un modelo francés de representación. Es decir, casi todos los acuerdos tienen una composición mixta entre representantes de la empresa y de los trabajadores, con la excepción de GE Power, Roca, Abertis, Prosegur, Campofrío y Ferroatlántica. Las sociedades de dimensión comunitaria sometidas a la legislación española se han separado, por tanto, del modelo tradicional español de representación de los trabajadores, dominado por comités de empresa constituidos exclusivamente por representantes de los trabajadores.

No es una decisión exenta de importancia que las partes se decanten por el modelo francés o por el alemán, formado exclusivamente por trabajadores y, por tanto, con mayores similitudes con el modelo de representación imperante en nuestro país. Aquellas empresas con Comités de Empresa Europeos inspirados en el modelo germano disponen, por lo general, de regulaciones más complejas y más garantistas desde el punto de vista de la representación de los trabajadores. Por el contrario,

aquellos acuerdos que prevén Comités mixtos se han decantado por una regulación más formalista, que cubre los mínimos necesarios, pero de dudosa utilidad.

Asimismo, los Comités de Empresa Europeos, nuevamente al contrario que los comités nacionales en las empresa españolas, están compuestos por un reducido número de representantes de los trabajadores. Los miembros de los Comités de Empresa Europeos apenas superan la decena de participantes como media, en empresas con plantillas que en muchos casos superan los 5.000 trabajadores⁵⁶⁹. Por el contrario, en nuestro país a los comités de empresa nacionales de compañías con una plantilla de 5.000 trabajadores les corresponden un comité compuesto por 29 representantes, pudiendo llegar a alcanzar como máximo los 75 integrantes en compañías con plantillas muy numerosas⁵⁷⁰.

La media de los representantes en los Comités de Empresa Europeos españoles queda lejos incluso del límite de los 30 representantes que contemplaban las disposiciones subsidiarias en el Anexo de la Directiva 94/45, de aplicación en defecto de acuerdo entre las partes. La fórmula por la que han optado las empresas españolas tiene más que ver con los criterios previstos también en el Anexo de la Directiva 2009/38. Esta contempla que se elija a un representante por cada Estado en el que la empresa o grupo de empleo al 10% o fracción de la plantilla. Esta regulación reduce de forma tácita la representación hasta umbrales próximos a la decena de representantes⁵⁷¹.

La significativa diferencia entre el número de participantes en los comités nacionales y en los comunitarios quizá pueda explicarse por los objetivos que persigue cada figura. Los comités nacionales son una unidad negociadora, diseñada para servir como contrapoder a las decisiones del empleador. Por el contrario, los Comités de Empresa Europeos, en principio, solo buscan la correcta transmisión de información

⁵⁶⁹ Por ejemplo, el grupo BBVA con más de 32.000 trabajadores tiene un Comité de Empresa Europeo formado por 8 representantes; el grupo Santander con más de 68.000 trabajadores tiene un Comité de Empresa Europeo con 10 representantes; Prosegur, con más de 17.900 trabajadores, también tiene un comité de 10 trabajadores; Praxair tiene más de 2.900 trabajadores y su Comité de Empresa Europeo está compuesto por 12 miembros; Ferroatlántica posee un Comité de Empresa Europeo de 12 miembros; el Comité de Empresa Europeo de Saica, con más de 5.400 trabajadores, tiene 14 representantes; el Comité de Empresa Europeo del grupo Abertis está compuesto por 17 trabajadores que representan a 8.700; el acuerdo sin efecto de Altadis, prevé otros 17 representantes para los 13.800 trabajadores; el acuerdo del grupo Amadeus contempla un Comité de Empresa Europeo de 20 miembros para una plantilla de 6.205; el acuerdo de Gestamp prevé 21 miembros que deben representar a 18.840 trabajadores. Con carácter absolutamente excepcional, el grupo AXA prevé un Comité de Empresa Europeo de 50 miembros que deben representar a una plantilla de algo más de 57.500.

⁵⁷⁰ El número de miembros de los comités de empresa se determina conforme a la escala dispuesta por el art. 66.1 ET: a los centros con 3.000 trabajadores les corresponderán 25 miembros; 27 representantes a los de 4.000; 31 a los de 6.000, 33 a los de 7.000, 35 a los de 8.000, etc.

⁵⁷¹ Si el Comité de Empresa Europeo contará con un representante por cada 10%, el número máximo de miembros que compondría el comité sería 10. No obstante, como cada fracción también puede suponer un incremento del número de componentes del comité, podría darse el caso de una empresa con plantillas reducidas y centros en varios Estados, a la que le correspondería elegir más de 10 representantes al tener un 5% de plantilla en diversos Estados.

y consulta a nivel transnacional. La naturaleza de esta segunda tarea, mucho más limitada y sencilla que la primera, es lo que permite que los Comités de Empresa Europeos tengan un menor número de miembros, pues en realidad basta con un miembro de cada Estado para que este comunique a los comités nacionales la información del nivel comunitario.

Los Comités de Empresa Europeos se han decantado de forma mayoritaria por repartir el limitado número de representantes de los trabajadores de forma proporcional entre los diversos centros de los que disponga la empresa o el grupo de dimensión comunitaria.

Los acuerdos realizan el reparto proporcional a través de tres fórmulas. Solo uno de los acuerdos, el de la empresa Saica, opta por un reparto proporcional puro; es decir, por dividir el número de representantes entre la plantilla y asignar los representantes transnacionales en función de dicha operación. El resto han adoptado un reparto proporcional en base a una escala del número de trabajadores o a un porcentaje de trabajadores empleador en cada Estado⁵⁷².

El reparto proporcional dificulta la representación de los Estados con un menor número de trabajadores, que pueden no obtener representación en el Comité de Empresa Europeo. Este problema no está presente en aquellos convenios que determinan la representación de los Estados de forma lineal, asignando el mismo número de representantes a todos los Estados, o a tanto alzado⁵⁷³, concediendo distinto número de representantes cada Estado. Sin embargo, la representación lineal y la representación a tanto alzado sobrerrepresentan a los Estados con menos trabajadores en servicio en detrimento de los Estados con plantillas más grandes⁵⁷⁴.

Los sistemas proporcionales han tratado de evitar la infrarrepresentación y la sobrerrepresentación reservando una representación fija para todos los Estados. Esta representación mínima puede ser establecer un representante por cada Estado en el

⁵⁷² Acuerdos que contemplan un reparto en función de porcentaje de trabajadores: Abertis, Roca, BBVA, Campofrío, Gestamp y Tafisa. Por otra parte, los acuerdos que reparten la representación en función del número de trabajadores: AXA, Santander, Praxair y Amadeus.

⁵⁷³ Los acuerdos de Prosegur, Altadis, GE Power, Repsol y Ferroatlántica fijan a tanto alzado el número de representantes asignados a cada Estado sin referenciar ningún criterio para el reparto. No obstante, el mayor o menor número de representantes asignados parece coincidir con aquellos Estados en los que la compañía tiene un mayor número de trabajadores empleados o en los que las organizaciones sindicales están más organizadas en la empresa.

⁵⁷⁴ El desequilibrio a favor de los Estados que emplean a un menor número de trabajadores es más atenuado en el reparto a tanto alzado. Aunque no se diga de forma expresa, el reparto a tanto alzado de los miembros que compondrán el Comité de Empresa Europeo suele asignar más representantes a los Estados en los que se emplean a más trabajadores y, por tanto, de facto se establece un reparto proporcional encubierto.

que la compañía tenga presencia o fijar una representación mínima para todos los Estados en conjunto que no alcancen el primer umbral de la escala de reparto⁵⁷⁵.

El acuerdo del grupo AXA ofrece una interesante solución intermedia a las anteriores, con las ventajas de los dos modelos, la limitación del número de trabajadores y la correcta articulación de los mecanismos de información y consulta de la plantilla, que aunque minoritaria debería extenderse a otros acuerdos. El Acuerdo prevé que solo tendrán derecho a nombrar representantes directos aquellos Estados en los que el grupo emplee a más de 150 trabajadores. Para aquellos Estados que no alcancen este umbral se contempla la figura del representante indirecto. Es decir, un representante directo, elegido por otro Estado, se encargará de informar, de forma indirecta, a los trabajadores de otro Estado que no tenga representación. Lo interesante de esta solución es que el propio Acuerdo contempla que estos representantes indirectos tendrán derecho a reunirse dos veces al año con los representantes nacionales de los países que representan indirectamente. Se contemplan, por tanto, mecanismos efectivos y ejercitables directamente para poder representar adecuadamente a toda la plantilla de la empresa.

En último lugar, solo dos acuerdos han previsto fijar una representación adicional para los Estados en los que se sitúa la dirección central de la empresa. El Acuerdo de Axa otorga tres representantes de los trabajadores adicionales al Estado de la dirección central⁵⁷⁶, mientras que el acuerdo de Abertis reconoce solo uno. Aunque, como se ha avanzado, este tipo de acuerdos son la excepción, debe ser destacado en este momento como ejemplo negativo de lo que no debería pactarse. No hay ninguna razón que justifique, en acuerdos proporcionales, el reconocimiento de una representación adicional al Estado de la dirección central.

3. Delimitación de los sujetos que conforman el Comité de Empresa Europeo en España

Otro elemento fundamental en la caracterización de los Comités de Empresa Europeos españoles es la delimitación de los sujetos que componen este órgano de representación. De forma casi unánime los acuerdos de constitución remiten la elección de los delegados españoles a la regulación subsidiaria de cada Estado. De este modo, los representantes de los trabajadores, elegidos conforme a las reglas

⁵⁷⁵ Abertis, Gestamp y Roca reconocen un representante a cada Estado. BBVA, Tafisa, Praxair y Amadeus reconocen un representante a cada Estado que emplee a, al menos, 100, 100, 40 y 20 trabajadores respectivamente. Finalmente, el acuerdo del Banco Santander establece una escala con un primer umbral de 500 trabajadores. Los Estados en los que el grupo emplee a un menor número de trabajadores en principio no tendrían representación. No obstante, el acuerdo dispone que entre todos ellos se designará un representante común.

⁵⁷⁶ A pesar de que la dirección central del grupo Axa se encuentra situada en Francia, el acuerdo ha sido publicado en nuestro BOE. Por ello, los tres representantes adicionales al país en el que se encuentre situada la dirección central se conceden a Francia.

generales previstas en nuestro país, serán elegidos en segundo grado de entre los representantes unitarios españoles, en la terminología habitual de nuestro país, o de entre los delegados sindicales. La elección se realizará por acuerdo de aquellas representaciones sindicales que en su conjunto sumen la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa y delegados de personal en su caso, o por acuerdo mayoritario de dichos miembros y delegados⁵⁷⁷.

Solo un acuerdo se separa de manera interesante de la regla general, el acuerdo de Abertis. En este caso se dispone que los representantes españoles serán elegidos por las organizaciones sindicales más representativas de ámbito nacional español, que ostenten un mínimo del 20% de la representación del grupo Abertis, entre sus miembros electos que formen parte de los comités de empresa, de los delegados de personal o de los representantes sindicales⁵⁷⁸.

El acuerdo de Campofrío también incorpora una excepción a la regla general, aunque de menor relevancia que la contemplada por el grupo Abertis desde el punto de vista de la participación sindical. Este acuerdo dispone que los representantes se elegirán por los representantes de los comités de empresa nacionales y por las organizaciones sindicales con implantación. En caso de que no exista acuerdo, los representantes se elegirán en proporción al reparto de los comités nacionales, o por la organización sindical con mayor representación en el sector en ese Estado, si no hay comités de empresa constituidos.

Las regulaciones descritas son unos de los pocos ejemplos en los que, con mayor o menor intensidad, se permiten la intervención directa de los sindicatos. La omisión se debe a que las organizaciones patronales europeas se negaron a otorgar un papel más preeminente a los sindicatos, a pesar de las reivindicaciones de estos. Esa actitud ha sido seguida por las empresas en la configuración de sus acuerdos, dando un nulo papel y reconocimiento a los sindicatos.

Además de los representantes titulares, prácticamente la totalidad de los acuerdos prevén la elección de representantes suplentes para aquellos casos en los que los titulares no puedan cumplir con sus obligaciones principales⁵⁷⁹, que fundamental se limitan a acudir a la reunión anual del Comité de Empresa Europeo.

La figura del suplente en los órganos de representación de los trabajadores es una institución extraña en nuestro ordenamiento, pero de mucha utilidad para un organismo transnacional. La incorporación de la figura del suplente resulta de provecho en un modelo de representación tan limitado como lo es el Comité de

⁵⁷⁷ Otros Estados han optado por modelos alternativos al español. *Vid.* al respecto nota al pie 488.

⁵⁷⁸ Los representantes del resto de los Estados se elegirán por los sindicatos o por los órganos de representación del personal según el derecho de cada Estado.

⁵⁷⁹ Únicamente los acuerdos de Repsol y Campofrío no mencionan esta figura.

Empresa Europeo. Prácticamente la actividad de los representantes transnacionales de los trabajadores se restringe a la reunión anual con la dirección central de la compañía. Por tanto, la ausencia de algún representante en esas reuniones pondría en entredicho la efectividad de la información y consulta de los trabajadores. Situación que no se reproduce en la representación nacional de los trabajadores, donde la actividad del representante se desarrolla de una forma menos concentrada en el tiempo.

Casi por unanimidad la función de los suplentes se limita en todos los acuerdos a sustituir al representante titular en aquellas ocasiones en la que este no puede cumplir con sus funciones. En este sentido, cabría preguntarse por los requisitos que deben cumplir los suplentes y por las garantías que los protegen. Algunos acuerdos de forma explícita requieren que los suplentes reúnan los mismos requisitos que los representantes titulares, pero, incluso esos acuerdos, guardan silencio sobre las garantías. Dado el carácter de la institución del suplente, lo más adecuado es otorgarles las mismas garantías que a los titulares, a la vez deberán cumplir con los mismos requisitos. Lo contrario podría poner en peligro a los que sean designados como suplentes, que se verían señalados como potenciales representantes transnacionales de los trabajadores sin estar protegidos en igualdad de condiciones.

Solo un acuerdo confiere a los suplentes alguna función adicional a la propia de sustituir a los representantes titulares. Se destaca ahora como una práctica que sería recomendable que incluyeran todos los acuerdos españoles. El acuerdo de AXA establece que en aquellas reuniones fuera del país en el que se encuentra la dirección central, los suplentes podrán acudir a las reuniones anuales que se celebren en ese Estado con voz, pero sin voto. Esta es una forma sencilla de facilitar la coordinación entre titulares y suplentes y de potenciar la actividad del Comité de Empresa Europeo.

Los candidatos elegidos por los trabajadores para representarles deberán ser trabajadores de la empresa o del grupo en la que se pretende constituir el órgano transnacional de representación de los trabajadores⁵⁸⁰. Al contrario que, **como veremos en el próximo capítulo**, en los sistemas de participación en los órganos de dirección de la sociedad, en los que se admite la participación de representantes de los trabajadores ajenos a la plantilla.

No obstante, casi todos los acuerdos guardan silencio sobre si existen condiciones adicionales que deban cumplir los trabajadores para poder resultar elegibles. En estos supuestos, por tanto, cada delegación nacional deberá respetar las normas de su Estado de origen que regulen los requisitos que deban cumplir los trabajadores para poder ser elegidos por sus compañeros como representantes.

⁵⁸⁰ Los acuerdos siguen así la regla subsidiaria prevista en el Art. 17.1 Ley 10/1997.

Sin embargo, algunos acuerdos han incluido alguna condición específica. Es el caso de los acuerdos de los grupos AXA y Prosegur que han incluido expresamente la antigüedad mínima de seis meses para poder formar parte del Comité de Empresa Europeo. Con ello extiende este requisito propio de nuestro ordenamiento, art. 69.2 ET, a todos los Estados en los que el grupo tenga presencia aunque en esos otros Estados no se contemple ninguna antigüedad mínima. En similar sentido, el acuerdo del grupo Campofrío exige a los trabajadores haber prestado sus servicios para la compañía durante un año para poder resultar elegidos parte del Comité de Empresa Europeo, mientras que el grupo Praxair exige dos años. Mucha más estricta resulta la regulación de los requisitos que deben cumplir los trabajadores para resultar elegibles en el grupo Tafisa. Este exige que los trabajadores, que quieran formar parte del Comité de Empresa Europeo del grupo, hayan prestado sus servicios de forma continuada durante, al menos, una antigüedad mínima de tres años en las empresas del grupo. En virtud de la autonomía colectiva que rige el acuerdo entre las partes la incorporación de la antigüedad mínima impide aplicar las reglas subsidiarias de cada país. Por tanto, en el caso de Tafisa los trabajadores españoles deberán tener tres años de antigüedad y no los seis meses que exige nuestra legislación⁵⁸¹.

Para finalizar con el análisis de los sujetos que componen el órgano de representación y dado que los Comités de Empresa Europeos españoles han optado por configurar de forma mayoritaria comités de tipo francés, es decir, con participación de representantes de la dirección, es obligado hacer referencia a las normas que disciplinan la participación de los representantes empresariales en estos órganos.

Cabría esperar que dada la complejidad de la organización empresarial supranacional los acuerdos sobre la constitución de Comité de Empresa Europeo hubieran contemplado normas sobre la participación de los representantes de la dirección empresarial en las reuniones del comité. Sin embargo, lo cierto es que, con independencia de si el comité es de tipo francés, con participación de trabajadores y empresa de forma simultánea, o alemán, formado exclusivamente por trabajadores, los acuerdos no contienen reglas específicas sobre la composición de la representación de la dirección empresarial ni en el propio órgano, en el caso francés, ni en las reuniones anuales, en el caso alemán. La única referencia que suele encontrarse en estos acuerdos es que los representantes de la dirección no podrán superar en número a la representación de los trabajadores.

⁵⁸¹ Los requisitos para poder ser elegible difieren de un Estado a otro. Así, por ejemplo: Grecia exige más de dos meses de antigüedad; Bélgica, Austria, Alemania seis meses de antigüedad; Francia, Países Bajos, Rumanía y Luxemburgo al menos un año de servicio. Los plazos, así como los requisitos adicionales previstos por algunas legislaciones tales como edad mínima del trabajador o tipo de contrato que debe disponer para poder resultar elegido, puede ser consultada en una tabla elaborada por el ETUI, *vid.* http://www.EWCdb.eu/show_pdf.php?document=9963ori_EN.pdf [enero 2015]

Dos acuerdos han incorporado previsiones sobre el banco patronal, pero lo han hecho de una manera poco ambiciosa. El grupo Amadeus prevé, de forma ambigua, que la dirección empresarial estará representada por miembros de la dirección con el nivel pertinente de decisión y representación dentro del organigrama de la empresa y debidamente facultados. Por su parte, el grupo Ferroatlántica dispone que la representación empresarial corresponderá al Director General de Producción y/o Director Delegado. El Director podrá estar asistido en todas las reuniones o podrá delegar su presencia en tres personas que considere plenamente capacitadas para ser interlocutores en la reunión. Aunque es positivo fijar unas garantías mínimas para disciplinar la presencia de la representación de la dirección empresarial con el Comité de Empresa Europeo, el grupo Ferroatlántica lo hace de forma tan amplia que prácticamente la propia norma se autoinvalida, al dejar libertad absoluta a la empresa en la designación de sus representantes.

Además de los Comités de Empresa Europeos de los grupos Ferroatlántica y Amadeus, dos excepciones adicionales pueden ser destacadas como fórmulas más adecuadas que deberían adoptar futuros Comités de Empresa Europeos. El Acuerdo de GE Power prevé que los representantes de la empresa serán el Director Ejecutivo y el Director de Recursos Humanos de Europa, teniendo ambos derecho de sustitución y pudiendo estar acompañados por otros trabajadores de la empresa con conocimientos técnicos relacionados con el orden del día de cada reunión. El acuerdo que regula el Comité de Empresa Europeo de Roca va más allá y dispone que representarán a la dirección de la empresa, al menos, el gerente del grupo, que además presidirá las reuniones conjuntas, tres miembros de la dirección responsable de recursos humanos y dos miembros de la dirección responsables operativos en las áreas productiva o comercial.

Desde el punto de vista del control que puede ejercer el Comité de Empresa Europeo es altamente positivo que se concrete qué representantes de la dirección acudirán a las reuniones del Comité. Ello permite garantizar que las reuniones siempre tendrán una interlocución adecuada y que la dirección no dificulta que el Comité de Empresa Europeo reciba la información adecuada enviando a las reuniones anuales a directivos de segundo o tercer nivel.

4. El funcionamiento de los Comités de Empresa Europeos españoles

La regulación de las reuniones del Comité de Empresa Europeo es también una cuestión nuclear en el análisis de los acuerdos sobre Comités de Empresa Europeo. En este sentido, podríamos señalar que, a mayor número de reuniones y más intervención por parte de la representación de los trabajadores, mayor control podrán estos ejercer y más efectiva será su labor de información y consulta.

De forma unánime los negociadores se han decantado por contemplar reuniones anuales del comité, los convenios más parcos han optado por prever una única reunión anual mientras que otros han optado por dos sesiones⁵⁸². En algunos casos, adicionalmente se contempla la posibilidad de celebrar una reunión extraordinaria en el supuesto de que las partes así lo acuerden ante circunstancias extraordinarias⁵⁸³. Como mecanismo para flexibilizar el necesario acuerdo entre las partes para convocar una reunión extraordinaria del Comité de Empresa Europeo, algunos instrumentos han optado por permitir que los representantes de los trabajadores se puedan reunir sin la presencia de la dirección empresarial cuando esta no estime necesario una reunión extraordinaria⁵⁸⁴.

Una minoría de convenios han apostado por fijar el intervalo en el que necesariamente deberá celebrarse la reunión entre la representación de los trabajadores y la dirección de la empresa. Esta circunstancia, sin duda, elimina la incertidumbre de la celebración de la reunión y elimina la posibilidad de que la parte convocante, usualmente la dirección o la dirección previa consulta de los representantes de los trabajadores, convoque la reunión del Comité de Empresa Europeo cuando más le convenga a sus intereses⁵⁸⁵.

⁵⁸² Acuerdos con una única reunión son los de Repsol, GE Power, Praxair, Saica, Santander, BBVA, Roca, Abertis y Prosegur.

⁵⁸³ En este sentido: art. 4.3 Convenio Repsol “[...] Excepcionalmente podrá celebrarse una reunión distinta a la anual, siempre que la representación de la Dirección y la de los trabajadores coincidan en su necesidad” y art. 4.b) Convenio grupo Saica “Excepcionalmente se podrá realizar una reunión distinta a la anual siempre que ambas partes coincidan en la necesidad objetiva de su realización. Dicha reunión extraordinaria se podrá realizar, según las circunstancias, en sesión plenaria del Comité de Empresa Europeo o entre la Dirección del Grupo y el Comité Restringido”. El Convenio del grupo Roca va un paso más allá y permite la reunión extraordinaria siempre que una de las partes así lo soliciten, art. 6.4.1.2: “El Foro se reunirá una vez al año por convocatoria de su Presidente en el lugar designado por el mismo, y de forma extraordinaria siempre que una de las partes, dirección o coordinadores [los representantes de los trabajadores nombran a tres coordinadores como interlocutores permanentes con la dirección de la empresa], así lo soliciten cuando concurren circunstancias excepcionales[...]”. Algunos convenios, como el del Grupo Praxair, han previsto que las reuniones extraordinarias puedan llegar a celebrarse mediante teleconferencias, pudiendo después celebrarse reuniones presenciales para seguir la evolución del asunto que dio origen a la tele-reunión extraordinaria, art. 6.8: “En el caso de circunstancias excepcionales que no se encuentren incluidas en el orden del día de la reunión anual, los Representantes de la Dirección se comunicarán con los Representantes de los Empleados. Esa comunicación, información y consulta se realizará a través de una reunión de los Representantes de los Empleados y de los Representante de la Dirección o mediante una llamada por teleconferencia. En este último caso cada una de las partes tendrá derecho a determinar si se requiere una reunión de seguimiento”.

⁵⁸⁴ “[...]Por acuerdo previo de las partes, podrá celebrarse otra reunión, si existen circunstancias que lo aconsejen. En caso de que así no se previera, la parte sindical podrá celebrar una segunda reunión anual con asistencia sólo de sus miembros, en Madrid y previa información a la Dirección Central [...]”, esta cláusula es recogida literalmente por los art. 3 del Convenio de grupo BBVA y por el art. 3 del Grupo Santander.

⁵⁸⁵ Art. 5 Convenio Grupo Prosegur: “El Comité de Empresa Europeo se reunirá con carácter anual en el último trimestre del año previa convocatoria consensuada entre la Compañía y el Presidente y Secretario que actuarán como enlace permanente”; el art. 3 Convenio Grupo BBVA: “La Comisión mantendrá una reunión anual, en el primer cuatrimestre del año [...]”; el art. 6 acuerdo Amadeus prevé que la reunión anual se

Por otra parte, los convenios de los grupos Abertis, Altadis y AXA mejoran la regulación general de las reuniones anuales descrita hasta este momento. El primero dispone que el Comité de Empresa Europeo se reunirá con carácter anual con la dirección de la empresa y deberá informar por escrito semestralmente al Comité Restringido y con carácter anual al Comité de Empresa Europeo acerca de todos los planes operativos que pudieran tener consecuencias sobre las empresas del grupo y sus plantillas. Asimismo, ante circunstancias extraordinarias la dirección de la empresa podrá convocar al Comité Restringido o, en caso de la trascendencia del asunto a tratar, al Comité de Empresa Europeo al completo⁵⁸⁶. Por su parte, el Convenio Altadis contemplaba dos reuniones anuales, una en cada semestre⁵⁸⁷. Finalmente, el Grupo AXA prevé dos reuniones anuales y la posibilidad de que los representantes de los trabajadores puedan solicitar una reunión extraordinaria ante circunstancias imprevistas. La dirección de la empresa decidirá si corresponde celebrar esta reunión adicional motivando por escrito su decisión. Además, se prevé la posibilidad de celebrar una reunión preparatoria anual en la que los miembros de la mesa visitarán los diferentes Estados en los que el grupo tiene presencia⁵⁸⁸.

Finalmente, solo un convenio, el GE Power, no contempla la posibilidad de celebrar reuniones preparatorias por parte de la delegación de los representantes de los trabajadores sin la presencia de la dirección empresarial. El resto de los convenios, de forma unánime, tanto los de tipo francés como los de tipo alemán, prevén que los representantes de los trabajadores se puedan reunir, inmediatamente antes de reunirse con la dirección central, a puerta cerrada para preparar la reunión, consensuar posturas o preguntas y para intercambiar información.

celebrará en noviembre; el art. 3.1 del acuerdo de Tafisa dispone que la reunión se celebrará el segundo miércoles de octubre de cada año.

⁵⁸⁶ Convenio Abertis art. 6.1: “La Reunión deberá de ser convocada por la DC con una antelación mínima de un (1) mes, acompañando a la convocatoria un informe sobre la evolución y perspectivas de las actividades de grupo Abertis [...]. La DC informará al CR, de forma Semestral, y al CEU de forma Anual, y en cualquier”; art. 6.2.d) “Cuando concurren circunstancias excepcionales o se puedan adoptar decisiones que afecten considerablemente a los intereses de los trabajadores y trabajadoras (entendiendo por excepcional a modo de ejemplo, no limitativo: un traslado, cierre de Empresas o despidos colectivos de naturaleza transnacional), que no permitan esperar a la reunión anual del CEU, el CR tendrá derecho a ser informado. Asimismo, el CR tendrá derecho a reunirse, con la DC o cualquier otro nivel de dirección más adecuado, previa petición a la DC para que se le informe y consulte sobre las mencionadas circunstancias excepcionales o que afecten considerablemente a los intereses de los trabajadores y trabajadoras[...]/”; y art. 8 “En caso de que se presenten situaciones de índole excepcional (entendiéndose por excepcional lo definido en el apartado 6.2.d) que puedan tener consecuencias importantes sobre los intereses de los trabajadores, la DC iniciará, de forma inmediata, un proceso de información y consulta del CEU al respecto; convocándose en el plazo de un (1) mes la convocatoria extraordinaria del CEU en este sentido, conforme al procedimiento previsto en el apartado 6.8 del presente Acuerdo.”.

⁵⁸⁷ Art. 5 Convenio Altadis.

⁵⁸⁸ El Comité del grupo AXA prevé la existencia de una mesa del Comité de Empresa Europeo, compuesta por miembros de la dirección de la empresa y por trabajadores. Art. 5.2 Acuerdo.

Dos prácticas se apartan de la regla general, el grupo Abertis y el grupo Axa. El primer supuesto, contempla la posibilidad de celebrar una reunión privada de la representación de los trabajadores tras la reunión con la dirección empresarial. Esta es una interesante posibilidad, porque facilita que la delegación de los trabajadores pueda evaluar los objetivos alcanzados durante la reunión con la dirección. La segunda de las vías excepcionales, es la regulada en el acuerdo del grupo Axa. En este caso, además de las reuniones preparatorias previas a la reunión con la representación de los trabajadores, se prevé una visita preparatoria, pero no inmediatamente anterior a la reunión con la dirección, sino una reunión durante el trimestre anterior a la reunión con la dirección. Esta visita permitirá la formación de los representantes y fomentar el conocimiento de la realidad de la compañía en el país en el que se celebre la reunión⁵⁸⁹.

Al margen de las reuniones plenarias del Comité de Empresa Europeo, es interesante también valorar cómo los Comité de Empresa Europeo españoles han ido incorporando la figura del comité restringido, órgano interno de los Comités de Empresa Europeos contemplado por primera vez por la Directiva 2009/38⁵⁹⁰.

El comité restringido pretendía garantizar que la actividad regular del comité de empresa europeo fuera coordinada y más eficaz y que la información y consulta pudieran realizarse con la mayor brevedad en circunstancias excepcionales⁵⁹¹. Las reglas subsidiarias previstas en el Anexo de la Directiva contemplan que el comité restringido no esté formado por más de cinco miembros. El legislador español, a través de la trasposición vía artículo 19.2 de la Ley 10/1997, ha concretado dicha previsión. Las normas subsidiarias aplicables en nuestro país contemplan que si el número de miembros del comité de empresa europeo fuera superior a doce, deberá elegir en su seno un comité restringido compuesto por tres miembros. Regla de la que

⁵⁸⁹ El acuerdo del grupo Axa es uno de los acuerdos con una regulación más exhaustiva sobre las reuniones de la representación de los trabajadores. Contempla reuniones mensuales de la mesa del comité, lo que vendría a ser el comité restringido; reuniones preparatorias de las reuniones plenarias del Comité de Empresa Europeo; dos reuniones plenarias anuales, que se celebraran alternativamente en la sede de la compañía y en los diferentes Estados en los que el grupo tenga sociedades; reuniones extraordinarias ante supuestos que afecten extraordinariamente a los intereses y derechos de la plantilla; finalmente, una reunión preparatoria previa a la reunión que se celebre fuera del Estado sede de la compañía, para que los representantes puedan conocer mejor la realidad productiva de la empresa en ese país.

⁵⁹⁰ Art. 6.2.e Directiva 2009/38: “Sin perjuicio de la autonomía de las partes, el acuerdo mencionado en el apartado 1 [*sobre la incorporación de procedimientos de información y consulta en la empresa*] y consignado por escrito entre la dirección central y la comisión negociadora establecerá: en su caso, la composición, las modalidades de designación, las atribuciones y las modalidades de reunión del comité restringido constituido dentro del comité de empresa europeo”. La Directiva 94/45 no contenía en su articulado ninguna referencia al comité restringido, pero sí lo hacía en las normas subsidiarias previstas en el Anexo de la propia Directiva, normas que debían de servir a los Estados en la elaboración de sus propias normativas y a las empresas que desearan someterse directamente a las prescripciones de la Directiva. El apartado 1.c del anexo disponía que si la dimensión del Comité de Empresa Europeo lo justificaba, se elegiría en su seno un comité restringido compuesto de 3 miembros como máximo.

⁵⁹¹ Considerando 30 directiva 2009/38/CE.

podemos inferir en sentido contrario que en los Comités de Empresa Europeos con un número inferior a 12 no será necesario constituir un comité restringido.

Como este rasgo distintivo fue incorporado en la Directiva 2009/38, su presencia en los Comités de Empresa Europeos españoles es dispar. Los acuerdos de primera generación, aquellos sometidos a la Directiva 94/45, no contemplan de forma generalizada la presencia de un comité restringido⁵⁹². Por su parte, los acuerdos de primera generación revisados y los acuerdos de segunda generación, los sometidos a la normas derivadas de la nueva Directiva 2009/38, sí la han incorporado de forma mayoritaria⁵⁹³. Cinco acuerdos incumplen la regla general, los acuerdos de primera generación GE Power, Saica, Axa y Campofrío contemplan la figura del comité restringido, incluso antes de que la normativa comunitaria lo contemplara expresamente en su articulado. Previsión que no era imposible, pues la normativa comunitaria solo era de aplicación subsidiaria. Por el contrario, el acuerdo de Prosegur, de segunda generación, no contempla el comité restringido, probablemente por el escaso número de miembros del plenario del Comité de Empresa Europeo, compuesto solo por diez miembros.

Por tanto, de forma muy mayoritaria, diez de dieciséis, los Comités de Empresa Europeos en nuestro país han acogido esta figura para potenciar la efectividad de la representación transnacional de los trabajadores.

Las reuniones anuales estarán marcadas por las competencias que puedan desarrollar los Comités de Empresa Europeos. Aunque los acuerdos pueden libremente disponer qué competencias pueden desarrollar estos órganos de representación, lo cierto es se han limitado a reproducir las competencias sobre información y consulta previstas en la Directiva 2009/38⁵⁹⁴. De hecho, algunos convenios expresamente limitan la posibilidad de que los Comités de Empresa Europeos extiendan más allá de la información y consulta sus competencias⁵⁹⁵.

⁵⁹² El comité restringido no está previsto en los acuerdos Repsol, Praxair, Altadis, Santander y BBVA.

⁵⁹³ El acuerdo Roca, primera generación revisado, y los acuerdos de Abertis, Amadeus, Gestamp, Tafisa y Ferroatlántica, segunda generación, contemplan la presencia del comité restringido.

⁵⁹⁴ Artículo 1.4 Directiva 2009/38: “Se considerarán transnacionales las cuestiones que afectan al conjunto de la empresa o grupo de empresas de dimensión comunitaria o al menos a dos empresas o establecimientos de la empresa o del grupo situados en dos Estados miembros diferentes”.

⁵⁹⁵ En este sentido, por ejemplo, el acuerdo de Prosegur expresamente contempla que el Comité de Empresa Europeo no abordará cuestiones que afecten a un único Estado ni a Estados fuera de Europa. El acuerdo del BBVA dispone que las cuestiones que afecten a un único Estado deberán ser resueltas dentro de las estructuras y procedimientos nacionales. Finalmente, el acuerdo del Santander contempla que el Comité de Empresa Europeo no será competente ni tratará cuestiones locales o nacionales sujetas a la legislación o Convenios Colectivos Nacionales, ni sobre los derechos de los Comités de Empresa o delegados sindicales, sobre la cogestión, la remuneración, la jornada de trabajo, salarios u otros beneficios, ni ningún otro asunto relativo a empleados individuales, asuntos todos ellos que deberán ser tratados dentro de las estructuras, procedimientos y normativa de aplicación en cada Empresa del Grupo.

La Directiva contempla que la información y consulta transnacional al Comité de Empresa Europeo se referirá en particular a la estructura, la situación económica y financiera, la evolución probable de las actividades, la producción y las ventas de la empresa o del grupo de empresas de dimensión comunitaria, la situación y evolución probable del empleo, las inversiones, los cambios sustanciales que afecten a la organización, la introducción de nuevos métodos de trabajo o de nuevos métodos de producción, los traslados de producción, las fusiones, la reducción del tamaño o el cierre de empresas, de establecimientos o de partes importantes de estos, y los despidos colectivos. Esta enumeración, que no constituye un *numerus clausus*⁵⁹⁶, ha sido incorporada prácticamente sin modificación por la mayoría de los acuerdos españoles. Únicamente una minoría de acuerdos ha concretado un poco más el listado, aunque en la práctica sea indiferente porque en ningún caso son listados cerrados⁵⁹⁷. Debe señalarse que no todas las cuestiones referidas al listado anterior, o al que cada acuerdo incorpore, serán objeto de atención por parte del Comité de Empresa Europeo, sino que además deben ser cuestiones transnacionales. De lo contrario, no podrán ser abordadas en el ámbito del Comité de Empresa Europeo.

Respecto de la información obtenida por la empresa, es habitual que los acuerdos contengan previsiones específicas sobre el deber de confidencialidad de los miembros de los comités. Además, varios acuerdos contienen previsiones en las que explícitamente se pone de manifiesto que la labor del Comité de Empresa Europeo no supondrá en ningún caso una limitación al poder de decisión empresarial. Dicho de otra forma, los acuerdos reconocen expresamente que el deber de información y consulta no supone un deber de acuerdo.

Ambas previsiones fueron fuertemente impulsadas por las organizaciones empresariales comunitarias, recelosas de los efectos limitadores de su actuación que podrían derivarse de la actuación de los Comités de Empresa Europeos.

Esta obligación de confidencialidad pervivirá incluso tras la espiración del mandato en el comité⁵⁹⁸.

Finalmente, la financiación de los costes de funcionamiento de los Comités de Empresa Europeos es también una de las claves de bóveda del sistema de representación de dimensión comunitaria, pues sin una adecuada financiación es imposible garantizar la eficacia y el buen funcionamiento de estos órganos. No obstante, pese a su importancia, quizá este sea uno de los aspectos menos

⁵⁹⁶ Como tampoco lo es el listado incorporado por la LCEE, art. 18.2, en este sentido, *vid.* MENDOZA NAVAS, Natividad, “La construcción de instrumentos...”, *op. cit.*, p. 145.

⁵⁹⁷ En este sentido, el acuerdo de Prosegur incorpora la salud y la política medioambiental del grupo como materias transnacionales. El grupo Abertis la jornada y la salud. El grupo Saica el plan estratégico del grupo. Finalmente, GE Power la política de medio ambiente y la formación.

⁵⁹⁸ Art. 8 Directivas 94/45 y 2009/38, art. 22 Ley 10/1997.

homogéneos entre los diferentes acuerdos y una de las cuestiones nucleares a las que menos atención han prestado muchos acuerdos.

En nuestro país, es una práctica unánime que las direcciones centrales asuman los costes derivados de la traducción simultánea en las reuniones de los representantes de los trabajadores y la dirección central e incluso de la traducción de los documentos de trabajo. Sin embargo, algunos instrumentos limitan el número de idiomas a traducir⁵⁹⁹.

Por otra parte, a pesar de que las organizaciones empresariales durante la negociación de las Directivas ejercieron todo su poder de influencia para evitar que la financiación de asesores externos se convirtiera en un derecho imperativo, en la práctica los convenios que no contemplan la posibilidad de que los representantes de los trabajadores nombre a un asesor son minoría, hasta el punto que solo tres, los acuerdos Campofrío, Ferroatlántica y Roca, no hacen mención a esta cuestión.

En el resto de los casos lo usual es que se reconozca a las partes el derecho a nombrar, al menos, a un asesor externo previa comunicación a la dirección empresarial, que es la que finalmente asume el coste económico de este nombramiento. No obstante, algunos convenios han ido más allá, por ejemplo el de Altadis, que disponía que el Comité tendría un presupuesto máximo de 18.000 euros para el nombramiento de expertos. Se podían nombrar hasta cuatro asesores, dos por España y dos por Francia.

Interesante regulación es también la pactada dentro del Grupo Santander, que prevé el nombramiento de un asesor externo, pero, además, contempla la posibilidad de nombrar entre los representantes nacionales hasta 3 asesores internos, que participarán de las reuniones del Comité de Empresa Europeo con voz, pero sin voto.

También es mayoritario el tratamiento respecto del resto de los gastos derivados de la actuación del Comité de Empresa Europeo como, por ejemplo, gastos de manutención, dietas o gastos diarios en la actuación del comité. Es práctica común que la empresa soporte los gastos de transporte y alojamiento. Respecto de otros gastos, varios acuerdos señalan que se asumirán los *gastos razonables*. Este es un concepto jurídico indeterminado que permitirá imputar a la empresa todos aquellos gastos ordinarios para el correcto funcionamiento del Comité de Empresa Europeo. El acuerdo AXA es el único acuerdo que se separa del criterio general. Las partes fijan un presupuesto anual de 85.000€ para sufragar los gastos inherentes a su funcionamiento⁶⁰⁰.

⁵⁹⁹ Los acuerdos de Abertis, Santander y Saica limitan la traducción a tres idiomas. Por su parte, el acuerdo de Roca habla de traducción a los idiomas estrictamente necesarios.

⁶⁰⁰ El artículo 5.7 del Acuerdo dispone: “La Secretaría del CEG dispone de un presupuesto de 85.000 euros anuales destinado a hacerse cargo de todos los gastos (sin incluir la participación en la remuneración del 50%

Aunque no alcanza a ser mayoritario, ocho acuerdos reconocen el derecho de los representantes de los trabajadores a la formación financiada por la dirección de la compañía⁶⁰¹. Esta formación puede ser sobre conocimientos legales/económicos, de idiomas o de ambas. La gestión de una empresa transnacional entraña una gran dificultad que difícilmente podrá ser controlable o descifrable para un representante medio. Por ejemplo, el tratar de entender un balance de un grupo empresarial transnacional puede requerir de elevados conocimientos contables que no todo representante tiene por qué disponer. A ello debe sumarse el desconocimiento del idioma nativo de la compañía que dificulta aún más la labor del representante de los trabajadores. Por ello, la inclusión de cláusulas formativas merece ser considerada como una buena práctica a extender a otros acuerdos.

5. La articulación de los Comités de Empresa Europeos en la negociación colectiva nacional

La desconexión existente entre la negociación colectiva nacional y la negociación colectiva europea es notoria. Pocos convenios nacionales hacen alusión a los Comités de Empresa Europeos y cuando lo hacen lo realizan de manera muy sucinta.

Algunos acuerdos nacionales mencionan los Comités de Empresa Europeos para reconocer el derecho a asistir a las reuniones del Comité de Empresa Europeo a los miembros de los comités nacionales que formen parte del Comité de Empresa Europeo⁶⁰². Además, del derecho a participar en las reuniones del Comité de Empresa Europeo, algunos convenios expresamente reconocen a los miembros del Comité de Empresa Europeo los mismos derechos y garantías que los representantes españoles que formen parte de un Comité nacional⁶⁰³; para remitir al Comité de Empresa

de la asistente del Secretario de la Mesa) inherentes a su funcionamiento y los gastos correspondientes a sus reuniones (encuentros, gastos de desplazamiento y de intérpretes, gastos de comisiones, expertos)[...]”.

⁶⁰¹ Los acuerdos que expresamente reconocen la formación a cargo de la dirección de la compañía son: Prosegur, Abertis, Axa, Altadis, GE Power, Amadeus, Gestamp y Ferroatlántica. La formación es el único aspecto en el que pueden encontrarse diferencias entre los acuerdos publicados en el BOE y los acuerdos no publicados, mientras que la regla general es que, del análisis conjunto de los Comités de Empresa Europeos, no se pueden inferir diferencias entre unos y otros en cuanto a su contenido y características. En este sentido, mientras que en los acuerdos publicados solo 5 de 12 prevén que la empresa asumirá los gastos de formación de los representantes, los acuerdos no publicados lo recogen de manera mayoritaria, 3 de 4. Sin embargo, esta única diferencia entre los acuerdos publicados y no publicados es más fácil de explicar a la vista de la fecha de adopción de los acuerdos. Casi todos los acuerdos más modernos contemplan el derecho a la formación de los representantes, ello se explica porque la evolución de la actuación de los Comités de Empresa Europeos ha desvelado que los representantes requieren una formación técnica específica, legal y económica, y en idiomas para el correcto desarrollo de su labor. En consecuencia, los acuerdos más modernos se han adaptado a la necesidad identificada.

⁶⁰² Art. 75 V Convenio Colectivo Exide Technologies España, (BOE núm. 57, de 7 de marzo de 2014). Además, algunos Convenios descuentan del crédito horario la asistencia a estas reuniones, e incluso asumen todos los costes derivados de la participación en dichas reuniones art. 47 V Convenio colectivo de Grupo Generali (BOE núm. 194, de 14 de agosto de 2013)

⁶⁰³ Art. 56 Convenio colectivo nacional de prensa no diaria (BOE núm. 306, de 23 de diciembre de 2013); art. 58 Convenio colectivo de Motorpress Ibérica, SAU y Motorpress Rodale (BOE núm. 230, de 24 de septiembre

Europeo el esfuerzo en la implantación de medidas que desarrollen y garanticen la política sobre dignidad en el trabajo⁶⁰⁴; otros se limitan a reconocer los derechos previstos en la Directiva y en el acuerdo de constitución del Comité de Empresa Europeo⁶⁰⁵.

Algunos convenios sectoriales obligan a las empresas del sector con la dirección central en España a que constituir un Comité de Empresa Europeo o, en su defecto, los mecanismos de información y consulta previstos en la legislación comunitaria⁶⁰⁶.

Otros convenios prevén que los acuerdos entre la dirección de la empresa y el Comité de Empresa Europeo se puedan aplicar a la plantilla de la sociedad en los términos previstos en dichos acuerdos⁶⁰⁷.

Aunque el escaso interés de la negociación colectiva nacional española podría justificarse en atención al escaso número de empresas españolas con Comité de Empresa Europeo, lo cierto es que esta argumentación no aclara por qué las sociedades que prestan sus servicios en nuestro país, pero cuyas direcciones centrales están en otros Estados y que cuentan con Comité de Empresa Europeo, tampoco incorporan de forma decidida y expresa los Comités de Empresa Europeos dentro de los convenios nacionales.

Sería aconsejable, por tanto, que los agentes sociales españoles terminaran con esta situación y se produjera una relación más normalizada entre ambos niveles de negociación. En este sentido, por ejemplo, se podrían reservar algunas materias para tratar de alcanzar una posición mínima a nivel europeo, una especie de suelo mejorable por la negociación colectiva en cada Estado, pero que sirviera de posición de partida. Más modesto, aunque más realista, sería tener en cuenta la existencia de un Comité de Empresa Europeo en los posibles procesos que surjan dentro de las compañías. Por ejemplo, contemplando expresamente que en las negociaciones ante un despido colectivo de dimensión comunitaria la comunicación, al Comité de Empresa Europeo y al Comité nacional, deba ser simultánea; o que el Comité de Empresa Europeo deba tener presencia física en las negociaciones con los comités nacionales, por poner solo dos ejemplos en los que se podría tener en cuenta la presencia de un Comité de Empresa Europeo.

de 2012); art. 50 Convenio colectivo de Gestión de Publicaciones y Publicidad (BOE núm. 187, de 6 de agosto de 2012)

⁶⁰⁴ Siguiendo el acuerdo suscrito entre la dirección de la empresa y los sindicatos en el seno del comité de empresa europeo. Art. 157 Convenio colectivo de Ford España (BOE núm. 131, de 30 de mayo de 2014).

⁶⁰⁵ Art. 30 Convenio colectivo de Thyssenkrupp Elevadores (BOE núm. 94, de 19 de abril de 2013).

⁶⁰⁶ Art. 79 XVII Convenio colectivo general de la industria química (BOE núm. 85, de 9 de abril de 2013).

⁶⁰⁷ Aunque en realidad no haría falta, la delimitación personal del convenio prevé expresamente que podrán aplicarse los acuerdos celebrados en el nivel europeo con las previsiones allí contenidas. Art. 2 IV Convenio colectivo de Eads-Casa, Airbus Operations, SL y Eads Casa Espacio (BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2013).

IV. EXPECTATIVAS Y PROBLEMAS SIN RESOLVER DE LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EUROPA

Tras más de 21 años de experiencia en negociaciones para incorporar órganos de representación de los trabajadores en las empresas de dimensión comunitaria, fundamentalmente Comité de Empresa Europeo, aún existen materias en las que la regulación europea no ha logrado alcanzar el grado de desarrollo deseable.

La revisión de la regulación, acometida mediante la Directiva 2009/38, no puso fin a esas deficiencias en la regulación comunitaria⁶⁰⁸, algunas de las cuales ya han sido referidas en este trabajo de investigación. No obstante, conviene ahora compilar las labores pendientes para mejorar la representación de los trabajadores en las empresas de dimensión comunitaria.

Cuatro grandes retos deberán ser abordados en un futuro si se quiere mejorar la eficacia y la importancia de los Comités de Empresa Europeos: el papel de estos en el marco de la representación de los trabajadores, la homogenización de los regímenes jurídicos nacionales, la formación de los representantes y la regulación de la actividad ordinaria de estos órganos.

En cuanto a la articulación del nivel comunitario con los nacionales, tanto el legislador europeo como los de los Estados miembro esperaban que con la creación de los Comités de Empresa Europeos se constituyera un nuevo marco convencional en la esfera supranacional comunitaria⁶⁰⁹. En este sentido, parece que la atribución de una eficacia *erga omnes* a los acuerdos celebrados entre un Comité de Empresa Europeo y una empresa o grupo de dimensión comunitaria parece que pretendía reforzar el papel clave de este nivel de negociación colectiva⁶¹⁰.

Sin embargo, el deseable anhelo de fomentar un nivel de negociación colectiva comunitaria no ha llegado a materializarse en la práctica. El tenor literal de la Directiva 94/45 primero y de la 2009/38 después ha constreñido la actividad de los Comités de Empresa Europeos a meras labores de información y consulta⁶¹¹,

⁶⁰⁸ A este respecto *vid.* KÖLER, Holm-Detlev, GONZÁLEZ BEGEGA, Sergio, “La Directiva 2009/37/CE...”, *op. cit.*, p.178 y ss; BOGONI, Milena, *El Comité...*, *op. cit.*, p. 70 y ss.

⁶⁰⁹ En este sentido *vid.* ANTONELLO BENITES, Flavio, “Los Comités de Empresa Europeos...” *op. cit.*, p. 259.

⁶¹⁰ ANTONELLO BENITES, Flavio, “Los Comités de Empresa Europeos...” *op. cit.*, p. 265, TERRADILLOS ORMAETXEA, Edurne, “La negociación colectiva europea...”, *op. cit.*, p. 290.

⁶¹¹ Las escasas competencias de los Comités de Empresa Europeos permite comprender la falta de entusiasmo que despierta esta institución entre los representantes de los trabajadores y de los propios trabajadores. No obstante, aunque solo reciban información a través de los Comités de Empresa Europeos, los representantes de los trabajadores, consideran que es mejor tener una institución francamente limitada a no tener ningún tipo de organización, BERCUSSON, Brian, “Implementación y seguimiento de los acuerdos transfronterizos: el papel potencial de las acciones colectivas transfronterizas”, en PAPADAKIS, Konstantinos (ed.), *Diálogo Social y Acuerdos Transfronterizos*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009, p. 171.

olvidando que los Comités de Empresa Europeos podrían desempeñar un importante papel en las negociaciones a nivel comunitario⁶¹². Por ello, mucho menos se han cumplido aquellas predicciones que ponían en duda si la negociación supranacional terminaría por sustituir a la nacional⁶¹³.

Pese a que la regulación de mínimos efectuada por la Directiva del Comité de Empresa Europeo sin duda lo configura como un órgano orientado fundamentalmente para dar respuesta a las necesidades de información y consulta de los trabajadores de empresas de dimensión comunitaria. Sin embargo, nada impide que las empresas y las representaciones de los trabajadores acuerden ampliar las competencias del Comité y lo conviertan en un verdadero órgano negocial. En este sentido, podría ser interesante negociar en el seno del Comité de Empresa Europeo medidas destinadas a aproximar los derechos y deberes de los distintos centros de la empresa. Particularmente, resultaría el entorno idóneo para pactar las condiciones y requisitos de la movilidad geográfica internacional⁶¹⁴.

En cualquier caso, mientras esperamos a que se desarrolle la negociación colectiva a ese nivel, lo cierto es que en este momento la difusión de la mera información obtenida a través del Comité de Empresa Europeo puede propiciar acciones de solidaridad entre los trabajadores de las distintas empresas del grupo o de los diferentes establecimientos de la empresa⁶¹⁵.

En segundo lugar, otro de los retos que deberían enfrentarse en el futuro es el de homogeneizar el régimen jurídico aplicable en cada Estado, al menos, en aquellas cuestiones más importantes. Así, por ejemplo, sería necesario estandarizar el marco de sanciones ante los incumplimientos⁶¹⁶.

La Directiva 2009/38 se limita a señalar que los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias ante los incumplimientos de las previsiones previstas en esta

⁶¹² La limitación de las competencias de los Comités de Empresa Europeos es una de las razones que explican la baja valoración que estos órganos reciben por parte de los trabajadores, *vid.* ESPEJO MEGÍAS, Patricia, “La participación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 153.

⁶¹³ Aunque en nuestro país se ponía en duda en tanto en cuanto la Ley 10/1997, de 24 de abril, optó por una regulación que permitía una probable identidad física entre los miembros de la representación nacionales y del Comité de Empresa Europeo *vid.* ANTONELLO BENITES, Flavio, “Los Comités de Empresa Europeos...” *op. cit.*, p. 263-264.

⁶¹⁴ De forma coincidente *vid.* BARREIRO GONZÁLEZ, Germán *et al.*, *Trabajadores en el extranjero...*, *op. cit.*, p.

⁶¹⁵ Las acciones de solidaridad, en terminología del profesor JR Mercader, han sido valoradas positivamente también por ESPEJO MEGÍAS, Patricia, “La participación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 154. No obstante, estas acciones solo se harán efectivas cuando los diversos centros o empresas no estén compitiendo entre sí. Si la competencia es entre las propias partes de la empresa, es más plausible que se establezca una confrontación entre los trabajadores.

⁶¹⁶ Esta petición también ha sido manifestada por las organizaciones sindicales europeas, *vid.* la declaración de la ETUC de mayo de 2008, ETUC, *About European Works Councils (CEEs)*, Mayo, 2008, <https://www.etuc.org/european-works-councils-CEEs> [Consultado el 25 de septiembre de 2015].

norma⁶¹⁷. En particular, velarán por la existencia de procedimientos administrativos o judiciales que permitan la ejecución de las obligaciones derivadas de la presente Directiva⁶¹⁸. Ello, no garantiza que la protección de los derechos reconocidos por la normativa comunitaria sea equiparable en todos los Estados. Por tanto, sería aconsejable, al menos, unos criterios mínimos al respecto.

En la normativa vigente los procedimientos sancionatorios se remiten a las legislaciones nacionales, sin que en la Directiva 2009/38, ni antes en la 94/45, podamos encontrar un marco que regule las normas nacionales. Ello genera una indeseable pluralidad de regímenes

Otro de los aspectos que deberían ser revisados, al cuestionar seriamente la efectividad de los Comités de Empresa Europeos, es la formación que se facilita a los representantes de los trabajadores. La Directiva se limita a señalar que, cuando sea necesario para el ejercicio de su función representativa en un entorno internacional, los miembros de la comisión negociadora y del comité de empresa europeo recibirán formación sin pérdida de salario⁶¹⁹.

La vaguedad con la que la Directiva aborda la regulación de un elemento nuclear de una correcta y eficaz representación de los trabajadores, como lo es la formación de sus representantes, debería ser expresamente rectificada⁶²⁰.

Así, en primer lugar, la normativa comunitaria no contempla ninguna solución para la barrera idiomática que separa a los representantes de los trabajadores y que provoca una relación deficiente entre las representaciones sindicales nacionales y europea⁶²¹. Que los representantes de los trabajadores puedan comunicarse entre ellos sin dificultades, sin duda, contribuye a mejorar los resultados derivados del Comité de Empresa Europeo. Por ello, sería ciertamente positivo que el legislador comunitario garantizara el estudio de, al menos, una lengua común a todos los miembros del Comité de Empresa Europeo, por ejemplo, que en defecto de acuerdo se garantice a todos los representantes los medios necesarios para aprender el idioma oficial del Estado en el que la compañía tiene situada su sede central o el establecimiento dentro de la UE que adopte la posición de dirección presunta.

⁶¹⁷ Considerando §35 Directiva 2009/38/CE.

⁶¹⁸ Artículo 11.2 Directiva 2009/38/CE.

⁶¹⁹ Artículo 10.4 Directiva 2009/38/CE. Asimismo, el Considerando §33 señala que “Para poder ejercer plenamente su función y dar utilidad al comité de empresa europeo, los representantes de los trabajadores deben rendir cuentas a los trabajadores a los que representan y poder cursar la formación que necesiten”.

⁶²⁰ La reclamación también se encuentra entre las defendidas por las organizaciones sindicales europeas, *vid.* la declaración de la ETUC de mayo de 2008, ETUC, *About European Works Councils (EWCs)*, Mayo, 2008, <https://www.etuc.org/european-works-councils-EWCs> [Consultado el 25 de septiembre de 2015].

⁶²¹ KÖLER, Holm-Detlev, GONZÁLEZ BEGEGA, Sergio, “¿Hacia un sistema...”, *op. cit.*, p. 27.

En segundo lugar, otro problema relacionado con la formación de los representantes tiene que ver con que las empresas de dimensión comunitaria suelen tener una estructura muy compleja. Esa forma de organización hace que los representantes de los trabajadores tengan que tener unos elevadísimos conocimientos económicos para poder entender parte de la documentación que les suministra la dirección de la empresa o que la empresa les facilite el asesoramiento de expertos que palién la falta de conocimientos técnicos⁶²².

En este sentido, la formación también debería ser una preocupación fundamental de los acuerdos. La gestión económica y jurídica de las empresas contemporáneas es sumamente compleja, si a ello se le añade la transnacionalidad la actividad empresarial se torna difícilmente controlable por un representante de los trabajadores con conocimientos medios. Ello hace aconsejable que los representantes de los trabajadores traten de incorporar cláusulas formativas en los acuerdos. En su defecto, sería recomendable que las organizaciones sindicales nacionales o internacionales instituyeran procesos formativos periódicos para los miembros de los Comités de Empresa Europeos.

Finalmente, el ejercicio de las funciones propias de los representantes de los trabajadores, en las empresas de dimensión comunitaria representación, es el último del conjunto de materias que requiere de una revisión por parte de las instituciones comunitarias.

El ejercicio de la representación se ve condicionado por la existencia de grupos dominantes en los Comités de Empresa Europeos lo que provoca que estos puedan monopolizar la toma de decisiones y que controlar los derechos de información y consulta del resto de los representantes nacionales⁶²³. Sin duda, este problema es mayor cuando el comité no tiene unos objetivos y estrategia a nivel europea, porque el grupo dominante podrá valerse del comité para batallar por sus intereses nacionales. Por ello, sería deseable que se establezcan cauces para potenciar estrategias globales y no la mera agregación de las estrategias nacionales. Quizá el fomento de un idioma común pueda contribuir al diseño de objetivos comunes. Sin embargo, sería necesario que la normativa europea asegurara el derecho de los representantes de los trabajadores europeos a visitar los centros de trabajo de la

⁶²² La formación de los representantes de los trabajadores lleva mucho tiempo. Aunque las centrales sindicales nacionales y europeas suelen ofrecer cursos especializados es difícil llegar a tener un conocimiento técnico suficiente. Por otra parte, las empresas se niegan a correr con los costes que conlleva un experto que asesore a los trabajadores. ESPEJO MEGÍAS, Patricia, “La participación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 159.

⁶²³ KÖLER, Holm-Detlev, GONZÁLEZ BEGEGA, Sergio, “¿Hacia un sistema...”, *op. cit.*, p. 27. Asimismo, incluso sin la existencia de grupos de presión, las diferencias entre las distintas relaciones laborales de los Estados miembro han generado continuos problemas entre los representantes de los Comités de Empresa Europeos, *vid.* REHFELDT, Udo, VOSS, Eckhard, PULIGNANO, Valeria, et al., *Employee involvement...*, *op. cit.*, p. 55.

compañía⁶²⁴. Además, también sería claramente beneficioso que se garantizaran intercambios y reuniones de los representantes en cada uno de sus Estados de origen, para fomentar un mayor conocimiento de las realidades de otros mercados laborales nacionales. Ello facilitaría que en el seno del Comité de Empresa Europeo se construyera un discurso inclusivo de la totalidad de la compañía.

También sería necesario garantizar el trabajo diario de los miembros de los Comités de Empresa Europeos. Así, que la normativa comunitaria solo contemple como obligatoria una reunión anual del comité es, también, una carencia significativa⁶²⁵. No parece que las empresas vayan a convocar muchas más reuniones de las que le imponga la legislación vigente. Además, estas reuniones en muchas ocasiones se convierten en actos más protocolarios que efectivos. Donde las direcciones de las empresas reservan amplios periodos a la autoalabanza y limitando el tiempo de los representantes de los trabajadores para que fiscalicen a la dirección y obtengan las respuestas que sus representados les reclaman⁶²⁶.

Otra laguna no resuelta satisfactoriamente en la regulación de la actuación de los Comités de Empresa Europeos son los procesos de modificación de las estructuras de las compañías de dimensión comunitaria –fusión, adquisición o escisión–. Si bien es cierto que se ha corregido en parte la ausencia de una normativa específica al respecto en la Directiva 94/45, la nueva regulación contemplada por la Directiva 2009/38 no es lo satisfactoria que debería. La norma europea, artículo 13, prevé que cuando se produzcan modificaciones significativas en la estructura de la empresa o del grupo de empresas de dimensión comunitaria y no existan disposiciones previstas por los acuerdos vigentes o se produzcan conflictos entre las disposiciones de dos o más acuerdos aplicables, la dirección central abrirá una negociación con los representantes de los trabajadores, por iniciativa propia o a solicitud escrita de al menos 100 trabajadores o de sus representantes en al menos dos empresas o establecimientos situados en al menos dos Estados miembros.

La nueva regulación sería aún mejor si hubiera prescindido de un concepto jurídico indeterminado, como lo es el de modificación significativa, determinando cuándo una modificación en la estructura debe suponer la renegociación de los acuerdos.

Finalmente, habida cuenta del papel central que las organizaciones sindicales europeas adoptan en los procedimientos de negociación de los Comités de Empresa

⁶²⁴ Vid. la declaración de la ETUC de mayo de 2008, ETUC, *About European Works Councils (EWCs)*, Mayo, 2008, <https://www.etuc.org/european-works-councils-EWCs> [Consultado el 25 de septiembre de 2015].

⁶²⁵ ESPEJO MEGÍAS, Patricia, “La participación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p.160.

⁶²⁶ Incluso se ha llegado a señalar que la falta de envío por anticipado de la documentación preparatoria de la propia reunión o la distribución física de los trabajadores en las reuniones son dos elementos que también contribuyen a dificultar el desarrollo de las reuniones, *vid.* ESPEJO MEGÍAS, Patricia, “La participación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 159.

Europeos como impulsores y asesores, sería procedente reconocer el papel de la actividad sindical. Es cierto que este reconocimiento se ha alcanzado de forma parcial, a través de la dotación de un carácter específicamente sindical a la figura del experto que asesora al grupo de negociación⁶²⁷. Sin embargo, La nueva Directiva 2009/38 no ha terminado de reconocer el derecho de los representantes sindicales a participar en todas las reuniones del Comité de Empresa Europeo. Lo que, teniendo en cuenta el papel central de las organizaciones sindicales en la constitución y en el funcionamiento diario de los comités, obstaculiza innecesariamente la labor y eficacia de los Comités de Empresa Europeos.

⁶²⁷ KÖLER, Holm-Detlev, GONZÁLEZ BEGEGA, Sergio, “Génesis política...”, *op. cit.*, p. 464.

CAPÍTULO III. LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES A TRAVÉS DE SU PARTICIPACIÓN EN LA GESTIÓN EMPRESARIAL: EL MODELO EUROPEO DE COGESTIÓN

I. INTRODUCCIÓN

Hemos tenido la oportunidad de reiterar en diversas ocasiones a lo largo de este estudio que la internacionalización de las relaciones laborales ha desplazado el centro de decisión de las empresas, de las direcciones nacionales, a órganos o estructuras transnacionales. Ello ha provocado que la representación de los trabajadores, construida en el nivel nacional, no cuente aún con suficientes instrumentos y mecanismos que le permitan una interlocución válida con las empresas para entablar negociaciones generales sobre las condiciones laborales.

Hasta este momento, hemos explorado la vía tradicional de representación de los trabajadores, los comités de empresa adaptados a las necesidades de las compañías de dimensión comunitaria, como medio para poder construir correctamente la representación de los trabajadores en esta nueva fase de la organización productiva. En este capítulo, corresponde abordar el análisis de una nueva fórmula más avanzada de participación de los trabajadores a través de la cual estos pueden garantizar su influencia en la toma de decisiones transnacionales. Nos estamos refiriendo a la cogestión en las decisiones empresariales⁶²⁸, característica distintiva de las economías

⁶²⁸ Es usual denominar también a la cogestión como “participación en la gestión de la empresa”, “participación institucional en la empresa” o “participación institucional en los órganos directivos de las sociedades”, *vid. MORILLO BALADO, Rosario, La representación sindical...*, *op. cit.*, p. 4. O como codeterminación, *vid. DOW, Gregory K., Governing the firm...*, *op. cit.*, p. 84. Aunque en ocasiones la cogestión sea analizada exclusivamente como un método de participación en la organización y dirección empresarial, también puede ser reconocida como un sistema de “participación representativa institucionalizada”, en expresión de MERCADER UGUINA, Jesús R., “Las nuevas formas de participación...”, *op. cit.*, p. 287.

europeas⁶²⁹, y que encuentra una específica proyección en la regulación comunitaria de la Sociedad Anónima Europea en la que la participación de los trabajadores en los órganos de dirección se entremezcla con otras formas tradicionales de representación de los trabajadores.

Aunque analizaremos con detalle esta figura más adelante, puede adelantarse en este momento que el actual modelo de Sociedad Anónima Europea pretende transnacionalizar la organización empresarial y, en consecuencia, la representación de los trabajadores. A diferencia de este modelo, los Comités de Empresa Europeos se limitaban a acomodar la información y consulta de los trabajadores a un entorno globalizado, pero conservando las estructuras empresariales nacionales.

Los primeros intentos de definir la cogestión hacían especial hincapié en la limitación del poder empresarial como elemento identificador de esta institución. Sin embargo, el desarrollo del Derecho del Trabajo, y la consecuente consolidación de otras fórmulas de limitación del poder empresarial, como el convenio colectivo, hacen necesario concretar más el alcance, contenido y ámbito de la cogestión⁶³⁰. Por ello, la cogestión puede ser definida como la participación de los trabajadores en las decisiones empresariales, pero no solo en aquellas exclusivamente laborales. En este sentido, este instrumento englobaría desde la participación paritaria en los órganos de dirección hasta las formas más livianas de colaboración en las decisiones empresariales⁶³¹. Por consiguiente, la cogestión implica que las decisiones en la empresa no pueden adoptarse de manera unilateral por el empleador, sino que los trabajadores deben participar en el proceso de deliberación de las mismas.

La relevancia del análisis de la cogestión empresarial radica, por tanto, en que este canal de representación de los trabajadores en la administración de la empresa es el mecanismo a través del cual se puede ejercer una mayor tutela a favor de los derechos de los trabajadores, ya que supone la presencia permanente de sus representantes en aquellos órganos en los que las empresas adoptan sus decisiones, favoreciendo con ello un proceso continuo de información y consulta de los representantes de los trabajadores más allá del ámbito estrictamente laboral, al contrario que otros instrumentos de representación como el Comité de Empresa Europeo, que ha sido

⁶²⁹ CONCHON, Aline, "Workers' voice in corporate governance...", *op. cit.*, p. 6.

⁶³⁰ En este sentido, *vid.* OJEDA AVILES, Antonio, *La cogestión de las grandes empresas en Europa. La experiencia alemana y la ley de gestión de 1976*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1978, pp. 55-57.

⁶³¹ Se ha distinguido entre una cogestión mínima o impropia, una cogestión media y otra máxima. En la cogestión mínima los trabajadores logran alguna influencia a través del derecho a la información, a la protesta, a la sugerencia, al veto o a ser consultados. En la cogestión media, los trabajadores acceden a los órganos de dirección de la sociedad y, por tanto, acceden y participan de las deliberaciones de la toma de decisiones, pero lo hacen en un número muy reducido de participantes, lo que les resta capacidad de influir. Finalmente, en la cogestión máxima los trabajadores logran obtener una participación paritaria en los órganos de decisión, *vid.* INSTITUTO DE ESTUDIOS SINDICALES, SOCIALES Y COOPERATIVOS, *La cogestión, op. cit.*, p. 13-16.

previamente analizado, o los Acuerdos Marco Globales⁶³², instrumento de responsabilidad social corporativa que será analizado en profundidad en el próximo capítulo.

Es posible distinguir una variedad de gradaciones en la implementación de la cogestión en la actividad cotidiana de las compañías. En concreto, podemos diferenciar tres grandes estándares de cogestión. En primer lugar, la participación de los trabajadores en condiciones de igualdad con los representantes de la dirección de la sociedad en los órganos de decisión y, por tanto, con capacidad de influir significativamente en el resultado final de las decisiones empresariales. En segundo lugar, la capacidad de vetar determinadas decisiones del empleador, pero sin capacidad para modificar el contenido de las mismas. En último lugar, la mera participación en los órganos de dirección, pero en un número y cualidad tan reducido que solo se facilite la participación de los trabajadores en la deliberación en los órganos de dirección o control de la sociedad, pero correspondiendo al empleador la toma de decisiones definitivas, con independencia de la opinión expresada por los representantes de los trabajadores.

En el ámbito nacional, las características de las experiencias de participación en la gestión empresarial pueden llevar a confundir esta figura jurídica con la negociación colectiva, pues a través de ella también se pueden llegar a incorporar deberes de participación o incluso codecisión de los representantes de los trabajadores en la toma de algunas decisiones empresariales⁶³³.

No obstante, es cierto que, tal y como se ha puesto de manifiesto por algunos autores⁶³⁴, la negociación colectiva, de manera aislada, puede no ser el medio más adecuado para garantizar la codecisión de los trabajadores en las empresas a largo plazo, porque la temporalidad y la naturaleza esencialmente laboral de las materias que pueden ser abordadas dentro de las negociaciones pueden dificultar y limitar su eficacia en la práctica. La participación en la gestión empresarial, para ser verdaderamente decisiva, requiere que pueda ejercerse sobre amplias áreas de decisión, no solo materias laborales. Además, no parece razonable que la implicación de los trabajadores en cuestiones estratégicas de la empresa pueda quedar al arbitrio de la negociación, es decir, ser vinculantes o desaparecer del proceso deliberativo de la empresa en función de un determinado convenio colectivo o acuerdo empresarial. Ello no quiere decir que la negociación colectiva no pueda tener un papel importante

⁶³² Los Comités de Empresa Europeos y los Acuerdo Marco Globales suelen limitar la participación de los representantes de los trabajadores a aquellas decisiones empresariales excepcionales de ámbito exclusivamente laboral o a una o dos reuniones anuales ordinarias, para tratar la evolución de la actividad productiva. En este sentido, *vid.* ARRIGO, Gianni, “La implicación de los trabajadores...”, *op. cit.*, pp. 20-21.

⁶³³ Al respecto *vid.* RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, “La participación en la gestión...”, *op. cit.*, p. 844.

⁶³⁴ Así se pronuncia LANDA ZAPIRAIN, Juan Pablo, “Las nuevas formas de participación...”, *op. cit.*, p. 681.

en algunos procesos específicos de participación. Por ejemplo, se ha señalado como paradigma de este modelo de colaboración de la negociación colectiva con la implicación de los trabajadores la regulación de los Planes y Fondos de Pensiones⁶³⁵.

Sin embargo, a pesar de las limitaciones que pueda generar el papel de la negociación colectiva nacional en la cogestión empresarial, lo cierto es que en la instauración de la cogestión a nivel internacional la propia negociación colectiva tiene un papel fundamental. Como se verá, en las Sociedades Anónimas Europeas, que representan el modelo más institucionalizado y exitoso de la cogestión en el ámbito internacional, la participación de los trabajadores en la toma de decisiones empresariales viene determinada por un proceso previo de negociación entre las partes que determina las fronteras de esa coparticipación en la toma de decisiones. Debe quedar advertido ya, aunque se volverá sobre ello cuando se analice en profundidad la Sociedad Anónima Europea, que, en las negociaciones de constitución de una sociedad anónima, las direcciones empresariales y la representación de los trabajadores en las empresas de dimensión europea pueden acordar incorporar mecanismos de cogestión, pero también pueden establecer únicamente procesos de información y consulta –ad hoc o a través de un comité de empresa propio de la sociedad anónima–. En este sentido, la cogestión puede ser interpretada como una fórmula de representación cualificada y con reglas propias. Es verdad, no obstante, que el proceso de negociación se enmarca en un procedimiento reglado por diversos instrumentos normativos comunitarios que dan cobertura a esa negociación, mas no deja de ser cierto que el papel de la negociación alcanza unas cotas sumamente destacadas y determinantes en la confección de los sistemas de cogestión. En este sentido, puede avanzarse que la normativa comunitaria deja un amplísimo margen de actuación a la voluntad de las partes para confeccionar un modelo de participación de los trabajadores en los órganos de dirección adaptados a las necesidades de cada empresa.

⁶³⁵ En un primer momento, durante el procedimiento de constitución de un Plan de Pensiones la negociación colectiva juega un papel determinante, por el contrario, una vez pasado este momento inicial la gestión y administración del mismo queda condicionada legalmente, *vid.* LANDA ZAPIRAIN, Juan Pablo, “Las nuevas formas de participación...”, *op. cit.*, p. 681. Otro ejemplo de colaboración entre la negociación colectiva y la legislación en el impulso de la implicación de los trabajadores en la gestión empresarial es el de la Sociedad Anónima Europea. En este tipo de sociedades, la comisión negociadora y la dirección empresarial pueden acordar la implicación de los representantes de los trabajadores dentro de un determinado marco jurídico legal, nacional y de naturaleza europea, que será objeto de análisis detallado más adelante. En sentido contrario, se ha señalado que la negociación colectiva sí puede favorecer la participación de los trabajadores en la gestión empresarial, por ejemplo, concretando la clasificación profesional, la ordenación flexible del tiempo de trabajo o la participación en decisiones y reestructuraciones traumáticas para la organización empresarial (como despidos o suspensiones colectivas de contratos), *vid.* RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, “La participación en la gestión...”, *op. cit.*, pp. 826-835. Por tanto, parece que en realidad la participación en la gestión que potencia la negociación colectiva es una colaboración en la gestión y no una verdadera influencia decisiva en la misma. En este sentido, la colaboración fruto de la negociación colectiva es mucho menos interesante y protege de forma más precaria los intereses de los trabajadores que la codecisión impuesta mediante instrumentos legales.

El estudio de la cogestión en el ámbito internacional también es interesante porque, como se apuntará más adelante, los representantes de los trabajadores en los órganos de dirección empresarial no dejan de ser representantes de los trabajadores, aunque deban actuar en defensa de los intereses del conjunto de la empresa, incluidos evidentemente sus accionistas⁶³⁶. Por tanto, su presencia en los órganos de dirección de la sociedad favorece su acceso a la información y su consulta con carácter más frecuente, incluso en decisiones que habitualmente escapan del ámbito de actuación de los comités de trabajadores.

La cogestión, en cualquiera de las intensidades en las que puede presentarse y tanto en el ámbito nacional como internacional, gravita en torno al diálogo y a la cooperación entre la dirección empresarial y los representantes de los trabajadores. En ese sentido, puede sostenerse que la implicación de los trabajadores en las empresas contribuye a la paz social⁶³⁷. Además, incorporar la perspectiva de los trabajadores en la gestión empresarial puede explicar el éxito de algunos modelos productivos al enfrentarse a la crisis internacional, pues ha permitido involucrar a sindicatos y trabajadores en el diseño de las medidas para afrontar la crisis⁶³⁸, sin olvidar el papel moderador que las reivindicaciones de los representantes de los trabajadores puedan desarrollar en las decisiones de las sociedades⁶³⁹.

En cualquier caso, lo cierto es que, a pesar de que los modelos de cogestión como el alemán han demostrado muy buenos resultados en términos de eficiencia y productividad, los empresarios se muestran francamente reacios a favorecer estos mecanismos de implicación de los trabajadores⁶⁴⁰. Sin duda, buena parte de las

⁶³⁶ Así, respecto del modelo alemán de participación, se ha señalado que cuando el interés de la sociedad sea manifiestamente opuesto al interés de los trabajadores, este tendrá prioridad sobre el anterior y que los representantes de los trabajadores estarán obligados a defender su posición pues de lo contrario daría lugar a su cese en el Consejo de Vigilancia, *vid.* MENDOZA NAVAS, Natividad, *Los derechos de cogestión...*, *op. cit.*, p. 199.

⁶³⁷ GREIFENSTEIN, Ralph, *Perspectivas de la cogestión empresarial...*, *op. cit.*, p. 10.

⁶³⁸ El argumento defendido por diversas organizaciones sindicales es también compartido por la Canciller alemana, Ángela Merkel, o por el Presidente de Siemens, *vid.* MORILLO BALADO, Rosario, *La representación sindical...*, *op. cit.*, p. 3.

⁶³⁹ La participación de los trabajadores en la gestión empresarial evita los excesos derivados de una cultura empresaria que prioriza la rentabilidad a corto plazo, *vid.* MORILLO BALADO, Rosario, *La representación sindical...*, *op. cit.*, p. 11.

⁶⁴⁰ LANDA ZAPIRAIN, Juan Pablo, “Las nuevas formas de participación...”, *op. cit.*, p. 665. En el mismo sentido, se ha afirmado que las sociedades son mucho más reacias a permitir la presencia de los representantes de los trabajadores en el centro de decisión de la sociedad que a informar o a consultar con los comités de empresa determinadas decisiones, probablemente porque la cogestión supone la presencia de los trabajadores en todas las decisiones empresariales y los procesos de información o consulta a través de órganos de representación de los trabajadores solo se activan ante determinadas decisiones empresariales o un determinado número de veces al año, en similares términos, *vid.* ARRIGO, Gianni, “La implicación de los trabajadores...”, *op. cit.*, pp. 20-21. Sin embargo, aquellas sociedades que cuentan con sistemas de implicación de sus trabajadores no suelen percibir esta participación como algo arbitrario, sino como un elemento que favorece su eficacia y la correcta toma de decisiones transnacionales, *vid.* REHFELDT, Udo, VOSS, Eckhard,

críticas empresariales responden al cuestionamiento de la validez de un sistema de gestión que obliga al legítimo propietario de la empresa a compartir sus decisiones⁶⁴¹.

También las organizaciones sindicales se encuentran divididas en cuanto a la pertinencia o no de fomentar los mecanismos de cogestión. Uno de los argumentos principales que lleva a los representantes de los trabajadores a cuestionar su participación en los órganos de dirección empresarial es que ello les obliga a defender intereses diferentes –de los accionistas, los clientes o los proveedores– de los que les son propios, y en principio exclusivos, los de los trabajadores⁶⁴².

Desdibujar los intereses que deben defender los representantes de los trabajadores en los órganos de dirección empresarial no es la única crítica dirigida desde el movimiento sindical. También se ha señalado que los representantes de los trabajadores aparecerán vinculados a las decisiones polémicas que sean adoptadas por la empresa, incluso asumiendo las responsabilidades civiles y penales que les correspondan⁶⁴³. Además, se reprocha que los miembros en los órganos de dirección a propuesta de los trabajadores no siempre tienen acceso a toda la información que necesitan y que su nivel de formación –en materia financiera o sectorial– no siempre es el adecuado para las labores y responsabilidades que deben asumir como miembros de los órganos de dirección⁶⁴⁴. Finalmente, incluso cuando tienen acceso a toda la información su papel como representante de los trabajadores se ve comprometido porque ven limitada la información que pueden ofrecer a sus representados, al estar vinculados por el deber de guardar secreto respecto de determinadas informaciones que reciben en su condición de miembros del Consejo de Vigilancia⁶⁴⁵.

PULIGNANO, Valeria, et al., *Employee involvement...*, *op. cit.*, p. 65. El empresariado también ha criticado tradicionalmente la falta de preparación de los trabajadores para poder participar en estos órganos, *vid.* INSTITUTO DE ESTUDIOS SINDICALES, SOCIALES Y COOPERATIVOS, *La cogestión*, *op. cit.*, p. 29.

⁶⁴¹ Incluso los representantes de los trabajadores pueden obligar, en los regímenes de cogestión más puros, a que se adopten decisiones frente a las que la dirección empresarial se oponga, *vid.* MACCHIAVELLO CONTERAS, Guido, *Colaboración y cogestión...*, *op. cit.*, p. 165.

⁶⁴² Sobre este doble papel, *vid.* MENDOZA NAVAS, Natividad, *Los derechos de cogestión...*, *op. cit.*, p. 199; Así, se ha afirmado que los representantes en los Consejos de Vigilancia están “comprometidos con ambos bandos”, *vid.* GREIFENSTEIN, Ralph, *Perspectivas de la cogestión empresarial...*, *op. cit.*, p. 22.

⁶⁴³ La responsabilidad de los representantes de los trabajadores cuando se implican en la gestión de la empresa es elevada incluso aunque no se participe directamente en el órgano de gestión sino solo en la supervisión, sistemas duales. De hecho, la Federación Austriaca de Sindicatos ha suscrito un seguro de responsabilidad civil para los componentes de los órganos de supervisión austriacos. Como mecanismo para evitar los riesgos referidos se ha propuesto que los representantes sindicales acudan a los órganos de decisión en calidad de observadores, con el derecho a ser informados y consultados en los temas que se consideren relevantes, *vid.* MORILLO BALADO, Rosario, *La representación sindical...*, *op. cit.*, p. 9.

⁶⁴⁴ Las críticas vertidas por algunas organizaciones sindicales europeas pueden encontrarse en MORILLO BALADO, Rosario, *La representación sindical...*, *op. cit.*, p. 3.

⁶⁴⁵ GREIFENSTEIN, Ralph, *Perspectivas de la cogestión empresarial...*, *op. cit.*, p. 22.

II. LAS EXPERIENCIAS NACIONALES DE COGESTIÓN COMO MARCO DE REFERENCIA PARA LAS SOCIEDADES EUROPEAS

El análisis de la participación de los trabajadores en la gestión de las empresas transnacionales articulado por la normativa comunitaria debe partir necesariamente del análisis de los modelos de cogestión nacionales. En primer lugar, porque las grandes empresas transnacionales, aunque operen en un mercado global, están normalmente sometidas a la legislación del Estado en el que se sitúa su domicilio social, ante la ausencia de un ordenamiento jurídico global bajo los designios de alguna organización internacional como las Naciones Unidas o la Organización Internacional del Trabajo. En segundo lugar, porque su influencia es absolutamente determinante en el modelo más depurado y exitoso de cogestión transnacional: la Sociedad Anónima Europea porque, como se verá cuando se analice en profundidad esta institución próximamente, la creación de una Sociedad Anónima Europea debe respetar en todo caso los sistemas de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa previos a su transformación en sociedad europea.

Los sistemas de cogestión de los Estados miembros son muy diversos y están muy arraigados en la tradición jurídica de cada ordenamiento⁶⁴⁶, ello provocó que la regulación definitiva sobre la Sociedad Anónima Europea, como se verá, optara por reconocer la diversidad normativa y renunciara a implantar un modelo único de implicación de los trabajadores, a pesar de que las primeras intentos de regular sí pretendían crear una sociedad sometida casi exclusivamente al derecho europeo. En consecuencia, los modelos de cogestión nacionales influyen y conviven simultáneamente con la Sociedad Anónima Europea.

La democratización de la gestión empresarial en los diferentes Estados, a través de la implicación de los trabajadores en las empresas es un procedimiento en continua evolución, sometido a permanentes tensiones entre aquellos que quieren ampliar sus fronteras, usualmente los representantes de los trabajadores, y aquellos otros sujetos que reivindican la necesidad de constreñir la implicación de los trabajadores en la toma de decisiones, normalmente los representantes de las direcciones empresariales. Ello hace que la progresión de esta forma de participación –pues no olvidemos que los representantes de los trabajadores son elegidos por los trabajadores para representar sus intereses en los órganos de dirección empresarial– no haya seguido una evolución lineal, sino que, en función del equilibrio de los agentes sociales en cada Estado y de la sensibilización de los legisladores en cada etapa histórica, se haya

⁶⁴⁶ Las características de los modelos de participación nacionales son referidas con mayor detalle en MORILLO BALADO, Rosario, *La representación sindical...*, *op. cit.*, pp. 5-10, y con detalle en CONCHON, Aline, KLIGE, Norbert y STOLLT, Michael, *Worker board-level participation in the European Economic Area countries*, ETUI, 2015.

incrementado o reducido el número de entidades sometidas a la participación institucional de sus trabajadores. Así, por ejemplo, la crisis internacional y su fuerte impacto en algunos Estados ha provocado la privatización de algunos sectores productivos, lo que a su vez ha causado la reducción del número de empresas obligadas a contar con representantes de los trabajadores en sus órganos de dirección porque, como veremos próximamente, muchos modelos estatales de cogestión reservan esta participación de los trabajadores para sus empresas de titularidad pública⁶⁴⁷.

Pese a que, como hemos adelantado, los modelos nacionales de cogestión son muy variados y serán examinados a continuación, es posible esbozar ahora un paradigma europeo de implicación que nos ayudará a contextualizar los diferentes modelos nacionales.

En primer lugar, parece que la mayoría de los Estados europeos, que contemplan algún tipo de participación de sus trabajadores, se han decantado por un modelo de participación construido sobre una estructura de gobierno corporativo mixta, es decir, en la que la dirección de la empresa puede elegir entre un sistema dual o monista⁶⁴⁸.

El sistema dual, cuyo máximo representante puede situarse en el ordenamiento alemán, que será analizado con detenimiento próximamente, divide los poderes sociales entre un órgano de dirección y otro de control. Este órgano de control asume competencias propias de la Junta General de accionistas con el fin de supervisar adecuadamente la labor gestora del órgano de dirección⁶⁴⁹. Dentro de los sistemas duales pueden distinguirse varios modelos según el reparto de competencias entre el Consejo de Vigilancia y el órgano de dirección, fuertes o débiles, y según la disciplina

⁶⁴⁷ España, por ejemplo, ha llevado a cabo una profunda reforma de su sistema de Cajas de Ahorro que ha provocado una significativa reducción del número de consejeros nombrados a propuesta de los representantes de los trabajadores. Malta y Polonia también han visto reducida la presencia de trabajadores en los consejos de administración. Otros Estados, como República Checa Hungría y Eslovenia, han optado por reducir la influencia de los representantes en esos Consejos de Administración, *vid.* MORILLO BALADO, Rosario, La representación sindical..., *op. cit.*, p. 10.

⁶⁴⁸ Nueve Estados permiten a sus empresas elegir si su modelo corporativo se organizará en un único órgano o en dos, son: Dinamarca, Finlandia, Francia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal y Croacia, Hungría y Eslovenia, que solo permiten la elección a sus empresas públicas. En cinco Estados las sociedades se organizan a través de un único órgano de dirección –modelo monista–, son: Grecia, Irlanda, Noruega, España y Suecia. Finalmente. En cinco la participación de los trabajadores se canaliza a través de un doble órgano, uno de dirección y otro de supervisión, –modelo dual–, son: Austria, Alemania, Polonia, Eslovaquia y República Checa. No se han tenido en cuenta aquellos Estados que regulan el sistema de gobierno corporativo, pero no el régimen de implicación de los trabajadores en ese gobierno, son los casos de: Bélgica, Bulgaria, Chipre, Estonia, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Malta, Rumanía y Reino Unido. CONCHON, Aline, KLIGE, Norbert y STOLLT, Michael, *Worker board-level...*, *op. cit.*

⁶⁴⁹ En este sentido, salvo es habitual que el nombramiento de los miembros del órgano de dirección sea realizado por el órgano de control, *vid.* CUENCA GARCÍA, Ángeles, “El órgano de administración...”, *op. cit.*, p. 289.

que estos puedan imponer, rígidos o flexibles⁶⁵⁰. Por otra parte, el modelo monista, inspirado por la experiencia anglosajona y estadounidense⁶⁵¹, concentra en un único consejo dichas competencias.

Aunque los Estados que prevén la implicación de sus trabajadores parecen inclinarse por el modelo mixto, si tenemos en cuenta todos los Estados, incluidos aquellos cuyas legislaciones no contemplen la cogestión, lo cierto es que estos se encuentran fuertemente divididos entre los tres modelos –mixto, dual y monista–⁶⁵².

El heterogéneo panorama descrito, la imposibilidad de determinar qué sistema, el monista o el dual, es mejor⁶⁵³, junto con el hecho de que la definición del modelo de gobierno societario por parte de los legisladores nacionales se haya fuertemente arraigada en cada Estado, condicionó sobremanera la aprobación de la Sociedad Europea, como veremos más adelante. En este sentido, cualquier alteración del gobierno societario es percibida por los Estados como una restricción de su autonomía. Hasta tal punto que incluso la obligación, impuesta por la legislación comunitaria, de permitir a las sociedades anónimas europeas optar entre un sistema monista o dual se percibe como una revolución en aquellos Estados que tradicionalmente solo han contemplado uno de estos modelos para sus sociedades nacionales⁶⁵⁴. Volveremos sobre esta cuestión más adelante.

Asimismo, de forma generalizada los Estados del Espacio Económico Europeo contemplan la participación de sus trabajadores en los órganos de dirección empresarial. Trece Estados admiten la participación de los trabajadores tanto en empresas públicas como privadas, mientras que cinco países solo lo contemplan en las empresas públicas: República Checa, Grecia, Irlanda, Portugal y España⁶⁵⁵.

⁶⁵⁰ ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, “¿Es oportuno introducir en España...”, *op. cit.*, p. 661.

⁶⁵¹ MONTALENTI, Paolo, “La experiencia italiana en la configuración de los modelos monista y dualista de administración y control” en ALONSO LEDESMA, Carmen, ALONSO UREBA, Alberto y ESTEBAN VELASCO, Gaudencio (Dir.), *La modernización del derecho de sociedades de capital en España. Cuestiones pendiente de reforma*, Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 549.

⁶⁵² Los países del Espacio Económico Europeo se dividen prácticamente en tres tercios entre los modelos dual, monista o mixto. No obstante, es difícil dar un número exacto de Estados vinculados por cada uno de estos estándares porque algunos de ellos aplican diferentes modelos en función del tipo de sociedad (pública/privada, de responsabilidad limitada/anónima). Ello determina que, según el criterio usado, algunos Estados varíen en su pertenencia al grupo dual, monista o mixto. Ejemplo de estas variaciones en las clasificaciones pueden encontrarse en FERREIRA Daniel y KIRCHMAIER, Tom, “Corporate boards in Europe...”, *op. cit.*, pp.204-205 y CONCHON, Aline, “Workers’ voice in corporate governance...”, *op. cit.*, pp. 14-20.

⁶⁵³ Pues ambos sistemas tienen ventajas e inconvenientes, *vid.* ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, “¿Es oportuno introducir en España...”, *op. cit.*, p. 653. Así, por ejemplo, se ha recogido que el sistema monista, menos complejo y más económico, podría ser el más adecuado para las sociedades de escaso volumen de negocios, mientras que el dual, más complejo, encajaría mejor en las grandes corporaciones con gran número de accionistas, *vid.* CUENCA GARCÍA, Ángeles, “El órgano de administración...”, *op. cit.*, p. 290.

⁶⁵⁴ TEICHMANN, Christoph, “La Sociedad anónima europea: ¿Reforma o cambio de modelo?”, *op. cit.*, p. 85.

⁶⁵⁵ Trece Estados del Espacio Económico Europeo cuentan con derechos de participación en empresas públicas y privadas: Austria, Croacia, Alemania, Dinamarca, Finlandia, Francia, Hungría, Luxemburgo, Países Bajos,

Asimismo, aunque con excepciones, está también bastante extendida la exigencia de que los representantes de los trabajadores seleccionados para formar parte de los órganos de dirección o supervisión, según el caso, deben ser obligatoriamente trabajadores de la empresa en la que participan⁶⁵⁶.

Al contrario que lo que ocurre con los aspectos reseñados, otros como el ámbito de aplicación de los derechos de participación —es decir, el umbral numérico a partir del cual deben contemplarse derechos de participación en la gestión a favor de los trabajadores—, la proporción de los representantes en los órganos de dirección, los mecanismos de nominación y de elección de esos representantes admiten una pluralidad de respuestas difícilmente reconducibles a un único modelo europeo. No obstante, sí es posible tratar de configurar varios submodelos europeos que examinaremos a continuación y que, en mayor o menor medida, han podido incidir en la configuración y diseño de un modelo europeo de cogestión en la Sociedad Anónima Europea, que será analizado más adelante.

1. El modelo alemán como referencia

El primero de los submodelos, cuyo estudio debemos abordar por su importancia histórica y por su influencia sobre otros modelos nacionales y sobre el modelo europeo, debe ser necesariamente el modelo alemán.

La experiencia germana en la cogestión empresarial es, sin duda, el gran referente internacional en esta materia⁶⁵⁷, renovándose en los últimos años el interés por este modelo al estimarse que el éxito alemán en la mitigación de los efectos de la crisis, al menos en parte, se debe a los efectos derivados de su sistema de coparticipación en

Eslovenia, Noruega, Suecia y Eslovaquia. Cinco Estados solo contemplan la participación de los trabajadores en compañías estatales: república Checa, España, Grecia, Irlanda, Portugal y Polonia, que además extiende a las empresas estatales privatizadas la cogestión de sus trabajadores. Finalmente, los doce Estados restantes no contemplan la participación de los trabajadores: Bélgica, Bulgaria, Chipre, Estonia, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Malta, Rumanía y el Reino Unido, *vid.* CONCHON, Aline, “Workers’ voice in corporate governance...”, *op. cit.*, p. 11.

⁶⁵⁶ Once Estados solo contemplan la participación de trabajadores propios de las empresas de cuyos órganos de administración forman parte: Austria, República Checa, Dinamarca, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Noruega, Portugal y Eslovenia. Otros, aunque obligan a que los miembros de los órganos de dirección de la empresa a propuesta de los trabajadores deban ser personal de plantilla, contemplan alguna excepción, son: Croacia, Alemania, Luxemburgo y Eslovaquia. Suecia, por su parte, recomienda la condición de trabajador para los representantes en los órganos de dirección, pero no lo impone como condición necesaria. La excepción a la regulación europea es España, que no impone ninguna condición a los candidatos nominados por los trabajadores. CONCHON, Aline, KLIGE, Norbert y STOLLT, Michael, *Worker board-level...*, *op. cit.*

⁶⁵⁷ Así, se ha manifestado que el modelo de cogestión alemán se ha convertido en un emblema internacionalmente reconocido del capitalismo socialmente controlado o economía social de mercado, GREIFENSTEIN, Ralph, *Perspectivas de la gestión empresarial...*, *op. cit.*, p. 10. Asimismo, no solo es que el modelo alemán sea un pionero en contemplar la presencia de los trabajadores en los órganos de decisión de la sociedad, es que es el único ordenamiento que prevé, en algunas circunstancias, absoluta paridad en las instancias de dirección, *vid.* MENDOZA NAVAS, Natividad, *Los derechos de cogestión...*, *op. cit.*, p. 21.

la toma de decisiones⁶⁵⁸. Sin embargo, cada vez más, a pesar de su influencia en otros modelos, la cogestión es una institución sobre la que existen posiciones encontradas en Alemania. Mientras que las organizaciones sindicales defienden la necesidad de extender los mecanismos de participación más perfeccionados, como la cogestión paritaria, las organizaciones empresariales estiman que la cogestión ralentiza la toma de decisiones, obstaculiza la inversión y frena el crecimiento de las empresas⁶⁵⁹. No obstante, parece que la evidencia empírica ofrecida por los estudios menos orientados por los intereses de parte parece coincidir con las observaciones del banco social, destacándose, en este sentido, que la cogestión garantiza una mayor productividad de las empresas y, en consecuencia, unos mayores beneficios⁶⁶⁰.

La cogestión alemana procede de una imposición legislativa. Aunque la primera propuesta de participación de los trabajadores puede remontarse hasta el año 1848, en el marco de la Asamblea Nacional de Frankfurt⁶⁶¹, el antecedente legislativo directo más remoto al respecto es la Ley Alemana sobre Consejos de Empresa, de 4 de febrero de 1920 (*Betriebratgesetz*)⁶⁶². No obstante, no fue hasta finales de la década de los años 70 cuando la implantación de la cogestión llegó a su cénit. En realidad, la configuración del modelo de relaciones laborales alemán, con una fuerte participación de sus trabajadores, es producto del consenso alcanzado entre los

⁶⁵⁸ CONCHON, Aline, “Workers’ voice in corporate governance...”, *op. cit.*, p. 9.

⁶⁵⁹ Como se verá más adelante, los tres modelos de cogestión en el sistema Alemán son heterogéneos en las realidades que regulan y en las soluciones que aportan. Por ello, las críticas de los sindicatos suelen dirigirse hacia el sistema menos garantista, el subparitario, mientras que las direcciones empresariales centran sus objeciones en los sistemas que mayores obstáculos aportan a su libre decisión, el paritario, *vid.* GREIFENSTEIN, Ralph, *Perspectivas de la cogestión empresarial...*, *op. cit.*, p. 36-37. Cada vez existen más presiones empresariales para reducir la implicación de los trabajadores en el sistema de cogestión Alemán y equipararlo al modelo anglosajón, *vid.* LANDA ZAPIRAIN, Juan Pablo, “Las nuevas formas de participación...”, *op. cit.*, p. 703. Pese a la oposición vehemente del empresariado alemán frente a las políticas de codeterminación, lo cierto es que la doctrina, incluso la económica, coincide en afirmar que la codeterminación puede aumentar la productividad a través de una mejor comunicación entre la dirección y los trabajadores, *vid.* DOW, Gregory K., *Governing the firm...*, *op. cit.*, pp. 90-91. Además, las organizaciones sindicales sostienen que la críticas empresariales ocultan que la cogestión no supone una barrera a la inversión extranjera, de hecho Alemania sería ocupa el tercer puesto en la lista de los países más atractivos para los inversores, *vid.* ETUC, La co-détermination n'est pas un vain mot en Europe, Bruselas, 22 de noviembre de 2004, <https://www.etuc.org/fr/presse/la-co-d%C3%A9termination-nest-pas-un-vain-mot-en-europe#.VsR1O5PhBPU> (última consulta febrero 2016). En este sentido, incluso se ha sostenido que la capacidad alemana de afrontar la crisis internacional en mejores condiciones que otros Estados puede descansar, entre otros explicaciones, en su sistema de cogestión, así referido por CONCHON, Aline, “Workers’ voice in corporate governance...”, *op. cit.*, p. 9.

⁶⁶⁰ GREIFENSTEIN, Ralph, *Perspectivas de la cogestión empresarial...*, *op. cit.*, p. 25.

⁶⁶¹ Sobre la evolución histórica de la participación de los trabajadores en Alemania *vid.* MENDOZA NAVAS, Natividad, *Los derechos de cogestión...*, *op. cit.*, pp. 33 y ss.

⁶⁶² La influencia de esta norma, que reconoció por primera vez –aunque con elevadas limitaciones– el derecho de codecisión de los trabajadores, es notable en toda la normativa posterior del derecho alemán, que siguió, en mayor o menor medida, la senda marcada por esta norma, salvo el paréntesis marcado por el éxito de las ideas hitlerianas, *vid.* VILLA GIL, Luis Enrique de la, “La codecisión y la cogestión...”, *op. cit.*, p. 43. Puede consultarse un repaso más detallado de los antecedentes históricos de la cogestión en Alemania en INSTITUTO DE ESTUDIOS SINDICALES, SOCIALES Y COOPERATIVOS, *La cogestión*, *op. cit.*, pp. 33-39.

agentes sociales para que los salarios crecieran por debajo de tasa de productividad a cambio de conceder de facto a los trabajadores la propiedad sobre parte de la sociedad tras la II Guerra Mundial⁶⁶³, fruto del vacío de poder generado y del impulso de las fuerzas vencedoras⁶⁶⁴.

Las fórmulas de implicación en Alemania se construyen básicamente a partir de tres normas –la Ley de Cogestión Siderometalúrgica de 1951, la Ley de Cogestión de 1976 y la Ley sobre un tercio de participación en los Consejos de Vigilancia de 2004– que han creado tres regímenes de distinta intensidad y eficacia aplicables a las empresas domiciliadas en el país. De mayor a menor calidad, en función del sistema de cogestión articulado por las normas, puede diferenciarse entre un régimen paritario, uno cuasi-paritario y, en último lugar, uno subparitario⁶⁶⁵. Aunque estos sistemas de cogestión alemanes serán analizados con más detalle a continuación, podemos avanzar ahora que todos ellos se construyen sobre un modelo societario dual. Es decir, los poderes sociales se encuentran divididos entre dos órganos, uno de dirección y otro de control. Situándose a los representantes de los trabajadores en el segundo de estas instituciones, en el denominado Consejo de Vigilancia.

Las funciones del Consejo de Vigilancia, en el modelo dual alemán, que son determinadas por el §111 AktG (Ley de sociedades alemana), y se desarrollan en una triple dirección: examinar antes de su implementación definitiva los acuerdos del consejo de administración, control previo paralelo en aquellos casos en los que es necesario su consentimiento para aprobar determinados negocios y, por último, un control a posteriori al aprobar las cuentas de la sociedad. Además, se ha señalado que el consejo de supervisión puede desarrollar una labor consultiva a través de la emisión de informes⁶⁶⁶.

Los tres modelos alemanes de cogestión se enfrentan, como cualquier sistema de cogestión de los trabajadores previsto por otros Estados, a varios retos. Uno de ellos es resultado de la estructura dual sobre la que están articulados. La delimitación de

⁶⁶³ El acuerdo sobre el que se construye el modelo social alemán logró que las empresas pudieran recapitalizarse más rápido y reconstruir el país después de la Guerra, *vid.* FERREIRA Daniel y KIRCHMAIER, Tom, “Corporate boards in Europe: size, Independence and gender diversity” en BELCREDI, Massimo y FERRARINI, Guido (Ed.), *Boards and shareholders in European listed companies*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 204.

⁶⁶⁴ Se ha afirmado que los vencedores de la II Guerra Mundial impulsaron la participación de los trabajadores en los órganos de administración con la esperanza de debilitar a Alemania en el futuro, al estimarse que la introducción de representantes de los trabajadores en los órganos de dirección y control dificultaría su desarrollo, *vid.* INSTITUTO DE ESTUDIOS SINDICALES, SOCIALES Y COOPERATIVOS, *La cogestión*, *op. cit.*, p. 39.

⁶⁶⁵ La distinción en cuanto a la calidad de los sistemas de cogestión es compartida por GREIFENSTEIN, Ralph, *Perspectivas de la cogestión empresarial...*, *op. cit.*, pp. 13-18.

⁶⁶⁶ *vid.* MENDOZA NAVAS, Natividad, *Los derechos de cogestión...*, *op. cit.*, pp. 199-200. Un análisis más detallado de las funciones del Consejo de Vigilancia puede consultarse, *Ibidem.* pp. 240-246.

las competencias de los Consejos de Vigilancia expuesta, sin capacidades ejecutivas, provoca que pueda cuestionarse que a través de un sistema dual no siempre se consigue propiciar una verdadera influencia de los trabajadores. Por tanto, sería aconsejable vincular al control previo de las juntas de vigilancia un concepto amplio de materias para reforzar la eficacia del control que los trabajadores pueden desarrollar a través de estos instrumentos⁶⁶⁷. Asimismo, la estructura dual alemana propicia que los Consejos de Vigilancia se conviertan en una especie de órgano de supervisión al servicio de los accionistas de control o asesoramiento de la dirección, cuando el capital de la sociedad está más disperso⁶⁶⁸.

No obstante, quizá uno de los desafíos más significativos sea el de la apertura de su sistema de relaciones laborales a Europa, pues pueden ponerse en riesgo, sobre todo, los submodelos más avanzados de participación previstos por el ordenamiento alemán. Aunque la Sociedad Anónima Europea será analizada en profundidad próximamente, para comprender la dimensión de los peligros planteados al modelo de cogestión alemán es necesario señalar en este momento que la normativa comunitaria no prevé implantar un sistema de cogestión obligatoria en las sociedades europeas, sino que garantiza que las partes puedan alcanzar un acuerdo que, al menos, deberá respetar el régimen de participación que los trabajadores tuvieran en la sociedad nacional sobre la que se construye la sociedad anónima europea. Adicionalmente, debe aclararse también que la Sociedad Anónima Europea siempre se constituye a partir de una sociedad nacional previa, son los derechos de participación de los trabajadores en los órganos de dirección en esa sociedad los que deben ser respetados en la constitución de la nueva sociedad anónima europea.

Por consiguiente, en un contexto de economía globalizada, las empresas alemanas pueden hacer uso –de forma deliberada o involuntaria– del ordenamiento comunitario, para transformar su estructura societaria nacional en una sociedad anónima europea y eludir así sus responsabilidades en materia de cogestión empresarial⁶⁶⁹. Así, las direcciones empresariales, por ejemplo, pueden anticiparse a

⁶⁶⁷ GREIFENSTEIN, Ralph, *Perspectivas de la cogestión empresarial...*, op. cit., p. 20.

⁶⁶⁸ ALONSO UREBA, Alberto, “Hacia un modelo monista revisado...”, op. cit., p. 619.

⁶⁶⁹ Vid. LINMONDIN, Karol, “The European Company...”, op. cit., p. 171. En este sentido, parece que existen indicios de que las empresas sometidas al sistema paritario alemán, que como se verá es el sistema que parece el más tuitivo respecto de los intereses de los derechos de representación de los trabajadores, han modificado su estructura para evitar quedar vinculadas por el régimen de cogestión previsto por el ordenamiento alemán, vid. DOW, Gregory K., *Governing the firm...*, op. cit., pp. 86-87. La advertencia sobre la huida del sistema de cogestión alemán emprendido por algunas sociedades también es realizada por GREIFENSTEIN, Ralph, *Perspectivas de la cogestión empresarial...*, op. cit., p. 28. Aunque los datos empíricos parecen dejar claro que la cogestión no es una de las motivaciones principales a la hora de decidir la forma organizativa de la empresa, lo cierto es que numerosas sociedades decidieron acogerse al marco jurídico de la Sociedad Anónima Europea justo antes de alcanzar los umbrales que las obligaban a introducir mecanismos de cogestión subparitaria o cuasi-paritaria, *Ibidem*, p. 30. Otros análisis también han dejado patente que la elusión de las normas de cogestión alemanas no parece ser la razón principal que impulsa a estas a su transformación en Sociedad

cumplir los requisitos cuantitativos de plantilla que las obliguen a adoptar alguno de los regímenes alemanes de cogestión –paritario, cuasi-paritario o subparitario–, que serán referidos a continuación con mayor detenimiento, transformando su personalidad jurídica nacional en una sociedad anónima europea antes de cumplir precisamente esos requisitos para congelar la participación de los trabajadores en su sociedad⁶⁷⁰. De tal suerte que, al constituir la sociedad europea antes de estar vinculada por alguno de los modelos de cogestión alemanes, la sociedad europea no tendrá que incorporar a sus trabajadores en los órganos de dirección empresarial o deberá hacerlo en un número inferior al que correspondería tras el incremento en la plantilla.

Es cierto que este *efecto petrificador* de la participación también puede jugar a favor de los trabajadores, cuando una sociedad europea domiciliada en Alemania reduzca el volumen de su plantilla por debajo de los umbrales cuantitativos que imponen la participación en las normas nacionales. No obstante, como la transformación de la sociedad nacional en una sociedad europea es voluntad de la dirección empresarial, este efecto favorable será siempre involuntario y sobrevenido, mientras que en perjuicio de la participación de los trabajadores ya hemos advertido que podrá ser incluso una de las razones que impulsen a la dirección empresarial a promover su transformación en una sociedad europea.

En cualquier caso, aun cuando la transformación de la sociedad alemana en una sociedad europea se haga respetando escrupulosamente la representación que le correspondería a los trabajadores en los órganos de dirección de la sociedad en caso de continuar siendo exclusivamente alemana, siempre existirá el hándicap de que en la nueva sociedad los miembros en los órganos de dirección deberán representar y ser elegidos por el conjunto de los trabajadores de la sociedad en la Unión Europea. Por tanto, aun cuando se respete el nivel de participación de los trabajadores, los representantes de los trabajadores alemanes siempre verán reducido su peso y su influencia en la nueva sociedad porque deberán repartirse los mismos puestos, que antes ocupaban solo representantes alemanes, con representantes provenientes de otros Estados miembros⁶⁷¹.

Anónima Europea, *vid.* KÖSTLER, Roland, “Europäische Aktiengesellschaften: Keine Aushöhlung der Mitbestimmung”, Pressemitteilungen, Hans-Böckler-Stiftung, 23 de abril de 2010, disponible en: http://www.boeckler.de/1143_1172.htm, (consultado el 13 de diciembre de 2015).

⁶⁷⁰ TEICHMANN, Christoph, “La Sociedad Anónima Europea: ¿Reforma o cambio de modelo?”, *op. cit.*, p. 89.

⁶⁷¹ El reparto en la sociedad anónima europea del mismo número de puestos reservados anteriormente en los órganos de dirección empresarial de la sociedad alemana supondrá forzosamente en la práctica una reducción del número de asientos ocupados por el personal alemán, que deberá compartir en la nueva sociedad el mismo número de puestos en los órganos de dirección con los representantes de los trabajadores de los diferentes Estados en los que la nueva sociedad desarrolla su actividad, *vid.* STOLLT, Michael, KLUGE, Norbert, “The potential of employee...”, *op. cit.*, p. 184.

Finalmente, si la internacionalización de la empresa alemana es problemática, tal y como acabamos de advertir, la llegada de sociedades extranjeras también puede ser un motivo adicional para cuestionar el modelo de cogestión alemán. Estas sociedades pueden operar dentro del mercado alemán ajenas a las reglas sobre cogestión impuestas por las leyes germanas, conservando su vinculación con el Estado de origen, porque las empresas tienen derecho a ejercer su actividad en otro Estado miembro por medio de una agencia, sucursal o filial, sirviendo la localización de su domicilio estatutario, su administración central o su centro de actividad principal para determinar, a semejanza de la nacionalidad de las personas físicas, su sujeción al ordenamiento jurídico de un Estado miembro⁶⁷². En todo caso, será la legislación del Estado de origen la habilitada para determinar si estas pueden conservar su personalidad jurídica cuando pretende reorganizarse en otro Estado miembro, en este caso Alemania, trasladando su domicilio⁶⁷³.

La libertad de establecimiento prevista por los Tratados europeos, entendida tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, legitima los procesos de dumping social entre los diferentes Estados miembros al erigirse como el medio empleado por algunas sociedades para eludir las legislaciones sobre cogestión previstas por Estados miembros. Por tanto, sería ciertamente recomendable que esta vía de escape en las legislaciones nacionales, especialmente en la alemana porque posee la legislación más avanzada en materia de cogestión, fuese sellada extendiendo las legislaciones nacionales a las compañías foráneas⁶⁷⁴.

a. La cogestión paritaria

La cogestión paritaria se articula por mandato de la Ley de cogestión en la Industria Siderometalúrgica de 1951⁶⁷⁵. Su ámbito de aplicación es el de las empresas del sector del carbón y el acero que empleen, al menos, a 1.000 trabajadores (art. 1 MontanG).

La implicación de los trabajadores en este sector está caracterizada porque la cogestión de los trabajadores en los órganos de dirección de la sociedad es paritaria, de ahí el nombre del modelo⁶⁷⁶. Es decir, el Consejo de Vigilancia de la sociedad no

⁶⁷² STJCE de 9 de marzo de 1999, § 20 (Asunto C-212/97), STJCE de 5 de noviembre de 2002, § 57 (Asunto C-208/00), STJCE de 30 de septiembre de 2003, § 137 (Asunto C-167/01).

⁶⁷³ STJUE de 16 de octubre de 2008, § 110 (Asunto C-210/06).

⁶⁷⁴ GREIFENSTEIN, Ralph, *Perspectivas de la cogestión empresarial...*, op. cit., p. 32.

⁶⁷⁵ Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie (Ley sobre participación de los empleados en los consejos y juntas de vigilancia de las industrias de la minería y el hierro y el acero), de 21 de mayo de 1951 (en adelante MontanG).

⁶⁷⁶ En este sentido, se ha afirmado que la cogestión del sector Siderometalúrgico es la “verdadera cogestión” o la cogestión “plenamente paritaria”, GREIFENSTEIN, Ralph, *Perspectivas de la cogestión empresarial...*, op. cit., p. 14.

está dominado, ni por los representantes de los trabajadores, ni por la representación de la dirección empresarial. Por tanto, ambos sectores tendrán la misma capacidad de influir en las decisiones y la misma capacidad de bloqueo, lo que impulsa a que las partes consensuen y alcancen acuerdos⁶⁷⁷. En este sentido, como regla general, los Consejos de Vigilancia estarán formados por 11 miembros⁶⁷⁸, aunque en aquellas empresas con un capital superior a 10 millones de euros los estatutos sociales podrán disponer que se elijan hasta 15 miembros y en aquellas que superen los 25 millones de euros hasta 21 miembros. Los miembros del Consejo de Vigilancia que correspondan se repartirán a partes iguales entre representantes de los trabajadores y de la dirección –5, 7 y 10 representantes respectivamente–. Además, de los representantes de cada parte, el Consejo incorporará un miembro adicional independiente, que deberá ser un sujeto neutral elegido mediante el consenso de las partes⁶⁷⁹, pudiendo cada sector bloquear su designación.

Por otro lado, el nombramiento de los representantes de los trabajadores⁶⁸⁰, se configura de modo que las organizaciones sindicales y el comité de empresa designan a los potenciales candidatos a ocupar un asiento en el órgano de supervisión de la compañía⁶⁸¹, siendo finalmente, la asamblea general de accionistas la encargada de

⁶⁷⁷ Se ha descrito que en este modelo de cogestión el personal de la compañía, a través de sus representantes, poseen un derecho de codecisión total en la empresa y de cogestión en la dirección de ella, *vid.* MACCHIAVELLO CONTERAS, Guido, *Colaboración y cogestión...*, *op. cit.*, p. 171.

⁶⁷⁸ El consejo de supervisión en este modelo estará compuesto por 11 miembros. De los cuales 5 serán elegidos por los trabajadores y otros 5 por los accionistas de la sociedad. Dentro de cada colectivo, 4 miembros deberán ser trabajadores o accionistas de la empresa respectivamente. El quinto miembro de cada sector será un representante adicional elegido por cada sector para la representación de sus intereses, pero que no podrá pertenecer a ninguna organización sindical o patronal y que tampoco podrá haber sido durante el último año antes de su nombramiento trabajador o accionista de la empresa. Además, el sector de los trabajadores deberán contar, al menos, con un representante del sector de los trabajadores técnicos y otro del resto de la plantilla, *vid.* DOW, Gregory K., *Governing the firm...*, *op. cit.*, p. 84. Sobre las particularidades de la elección de los representantes de cada parte puede consultarse: MACCHIAVELLO CONTERAS, Guido, *Colaboración y cogestión...*, *op. cit.*, pp. 174-177.

⁶⁷⁹ En este sentido, el apartado §4.2 MontanG señala que los miembros neutrales no podrán: ser representantes de un sindicato o de una asociación empresarial o de una asociación de esas asociaciones, estar en permanente contacto comercial con dichas entidades; no podrán haber desempeñado en el curso del año anterior alguna de las tareas reseñadas; no podrán ser empleados ni empleadores en la sociedad; tampoco podrán estar interesados en el desarrollo económico de la compañía. La participación de terceros independientes ha sido interpretada como un mecanismo para resolver las situaciones de enfrentamiento insalvable entre representantes de los trabajadores y de los accionistas, permitiendo que se analicen y valoren intereses y argumentos ajenos a la confrontación trabajadores/accionistas, *vid.* ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, *Participación de los trabajadores en la empresa...*, *op. cit.*, p. 28.

⁶⁸⁰ Los representantes de la dirección empresarial serán elegidos de acuerdo a los estatutos de la sociedad o al acuerdo de los accionistas (§5 MontanG).

⁶⁸¹ La elección de los representantes de los trabajadores no se realiza en bloque, sino que dos de ellos son elegidos por el comité de empresa de entre el personal que preste sus servicios en cualquier establecimiento de la sociedad, previa consulta con las organizaciones sindicales con presencia en la empresa y con sus organizaciones centrales; otros dos son elegidos por las organizaciones sindicales centrales, previa consulta con los comités de empresas y con los sindicatos representados en la empresa; finalmente; comités de empresa

ratificar quiénes serán los elegidos⁶⁸². El Consejo de Vigilancia debe elegir de entre todos sus miembros a un presidente y un vicepresidente. Si bien es cierto que las normas disponen que dicha elección se llevará a cabo por este órgano por mayoría simple de sus miembros, en la práctica el presidente es elegido por los accionistas de la sociedad, mientras que el vicepresidente y el miembro neutral son designados por los representantes de los trabajadores. No obstante, cuando en la práctica se produce ese reparto en la elección de presidente y vicepresidente, este último tendrá las mismas atribuciones que el presidente, por ejemplo, participará en las mismas reuniones con el Consejo de Dirección que el presidente, además, obtendrá copia de todos los informes que recibe el presidente⁶⁸³.

Asimismo, otro elemento que refuerza la paridad y la influencia de los trabajadores en este modelo de cogestión es el papel que los representantes de los trabajadores tienen en la elección del Director de Trabajo⁶⁸⁴, miembro del Consejo de Administración que dirige el área social de la empresa y el departamento de Recursos Humanos⁶⁸⁵. Este no podrá ser designado ni revocado en contra de la mayoría de votos de los representantes de los trabajadores en el Consejo de vigilancia. En este sentido, a pesar de que el modelo de cogestión alemán con carácter general reserva la participación de los trabajadores al Consejo de Vigilancia, se ha afirmado que en cierta forma el Director de Trabajo puede ser entendido como una extensión de la cogestión al Consejo de Administración de la compañía⁶⁸⁶. Lo que vendría a aumentar aún más la capacidad de influencia de los trabajadores en este submodelo.

Por tanto, los sistemas de implicación de los trabajadores en la gestión de la empresa desarrollados en este sector se caracterizan por una alta calidad⁶⁸⁷, al menos, desde el punto de vista de los trabajadores y de sus representantes, porque garantiza que los trabajadores puedan ejercer una influencia decisiva en la toma de decisiones estratégicas de la empresa, a la vez que favorece que los trabajadores y sus representantes valoren y defiendan los objetivos a largo plazo de la dirección. En este

y organizaciones sindicales intervendrán en la elección del miembro adicional, vid. §6 MontanG y MENDOZA NAVAS, Natividad, *Los derechos de cogestión...*, op. cit., p. 57.

⁶⁸² §6.5 MontanG.

⁶⁸³ Vid. MENDOZA NAVAS, Natividad, *Los derechos de cogestión...*, op. cit., p. 176.

⁶⁸⁴ Institución de la que se ha señalado que es la mayor innovación de esta ley, vid. VILLA GIL, Luis Enrique de la, "La codecisión y la cogestión...", op. cit., p. 76. Puede consultarse sobre las atribuciones y significación de esta figura el estudio clásico de BRIEFS, Goetz, *Entre capitalismo y sindicalismo situación crítica de la asociación obrera*, Rialp, 1955, p. 206.

⁶⁸⁵ Sobre las competencias y funciones del Director de Trabajo vid. MACCHIAVELLO CONTERAS, Guido, *Colaboración y cogestión...*, op. cit., pp. 184-186.

⁶⁸⁶ GREIFENSTEIN, Ralph, *Perspectivas de la cogestión empresarial...*, op. cit., p. 14.

⁶⁸⁷ En este sentido se ha señalado que es la norma más completa de todas las que se han ido adoptando en la República Federal Alemana acerca de los derechos de cogestión, MENDOZA NAVAS, Natividad, *Los derechos de cogestión...*, op. cit., p. 55.

sentido, por ejemplo, las reestructuraciones empresariales suelen ser menos traumáticas para los trabajadores de las sociedades que incorporan la cogestión paritaria que para aquellos otros que desarrollan su actividad en otro tipo de sociedades, porque la presencia de representantes de los trabajadores en los órganos que deben adoptar estas decisiones contribuyen a una ponderación más sosegada de la decisión⁶⁸⁸. Incluso, cuando finalmente la única solución es reestructurar la producción, la participación de representantes de los trabajadores en los debates y en el análisis de la decisión contribuyen a que la medida sea percibida mejor por la plantilla y, además, suele generar también un compromiso más profundo de toda la empresa, dirección y plantilla, con el objetivo de superar la contingencia y recuperar los derechos y puestos de trabajo perdidos.

Evidencias como la anterior convierten a este sistema en el referente que debería usarse como modelo a seguir por otros modelos. Lamentablemente, la externalización y deslocalización típica de la industria siderometalúrgica en los países más avanzados, no es una excepción en Alemania, donde puede observarse como las empresas están trasladando su producción, de forma total o parcial, a otros Estados con costes laborales más bajos. Ello está provocando una reducción de las empresas de este sector, en el que se aplica exclusivamente este modelo de cogestión, y que las que aún resisten hayan visto reducidas sus plantillas. En este sentido, se habla de que este modelo está en extinción⁶⁸⁹, porque puede observarse, fruto del resultado en ambos casos, una paulatina reducción del número de empresas sometidas a este régimen.

b. La cogestión cuasi-paritaria

La cogestión cuasi-paritaria, que vincula a aquellas sociedades capitalistas con más de 2.000 trabajadores y a las que es de aplicación la Ley de Cogestión de 1976⁶⁹⁰, constituye un modelo en el que la calidad de la participación de los trabajadores es inferior en comparación a la cogestión paritaria.

La diferencia entre la cogestión paritaria y la cuasi-paritaria radica en que en este estándar la capacidad de influir en las decisiones estratégicas de la empresa por parte de los trabajadores es inferior. Puede decirse que en el modelo cuasi-paritario la

⁶⁸⁸ GREIFENSTEIN, Ralph, *Perspectivas de la cogestión empresarial...*, op. cit., p. 19.

⁶⁸⁹ GREIFENSTEIN, Ralph, *Perspectivas de la cogestión empresarial...*, op. cit., p. 14.

⁶⁹⁰ Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (Ley sobre la participación de los empleados), de 4 de mayo de 1976 (en adelante MitbestG). Sobre el ámbito de aplicación de este modelo vid. MENDOZA NAVAS, Natividad, *Los derechos de cogestión...*, op. cit., p. 92. La aprobación de esta norma viene precedida de un intenso debate sobre la mejor fórmula para ampliar las fronteras de la cogestión más allá de las grandes empresas del sector del carbón, hierro y acero, sobre estos debates vid. ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, *Participación de los trabajadores en la empresa...*, op. cit., pp. 31-45.

representación empresarial predomina sobre los representantes de los trabajadores, que deben conformarse con un rol principalmente informativo⁶⁹¹.

La explicación para esa menor influencia es que la participación de los trabajadores en los órganos de control y dirección de la empresa en la práctica no son paritarios plenamente, al contrario que en el modelo paritario, a pesar de que la Ley contempla una estructura paritaria, con un número creciente de miembros del Consejo de Vigilancia en función del número de trabajadores empleados por la sociedad⁶⁹².

La reducción de la participación de los trabajadores redunda necesariamente en una menor capacidad de influir en las decisiones de la empresa sea menor. En este sentido, por ejemplo, puede destacarse cómo en estos modelos los representantes de los trabajadores suelen limitarse a plantear temas sociales relativos a la política de la empresa, en lugar de influir en las decisiones de la dirección⁶⁹³.

La falta de paridad en la práctica, como hemos señalado, no es una cuestión cuantitativa, pues el Consejo de Vigilancia estará compuesto por el mismo número de representantes de los trabajadores y de la dirección empresarial, sino cualitativa, porque, al contrario de lo que ocurría en el modelo paritario, la norma introduce algunas variables que eliminan la igualdad de los trabajadores en el Consejo de Vigilancia.

Así, por ejemplo, la elección del presidente, que es elegido a través de un proceso que favorece que este sea designado por los accionistas de la sociedad⁶⁹⁴, lo que ciertamente es relevante pues el presidente tendrá voto de calidad en caso de empate en el Consejo de Vigilancia⁶⁹⁵.

Asimismo, otro condicionante que pone en entredicho la paridad de este modelo es que la representación reservada a los trabajadores en los Consejos de Vigilancia deberá repartirse proporcionalmente entre el personal ejecutivo y el resto de los empleados/obreros. Se deberá reservar, al menos, un puesto para representar al

⁶⁹¹ DOW, Gregory K., *Governing the firm...*, *op. cit.*, p. 85.

⁶⁹² En las empresas que empleen a menos de 10.000 trabajadores el Consejo de Vigilancia estará formado por 12 miembros, seis de los cuales representarán a los trabajadores; cuando la empresa emplee a entre 10.000 y 20.000 trabajadores el Consejo de Vigilancia estará formado por 16 miembros, 8 en representación de los trabajadores; y finalmente, cuando la empresa emplee a más de 20.000 trabajadores el Consejo de Vigilancia estará formado por 20 miembros, 10 de los cuales serán en representación de los trabajadores, §7 MitbestG.

⁶⁹³ GREIFENSTEIN, Ralph, *Perspectivas de la cogestión empresarial...*, *op. cit.*, p. 20.

⁶⁹⁴ *Vid.* §27 MitbestG, el presidente y vicepresidente será elegido si en primera votación obtiene una mayoría de dos tercios. En caso de no haber sido alcanzada dicha mayoría cualificada, se procederá a una nueva votación, en este caso por mayoría simple, en el que los representantes de los accionistas elegirán al presidente del Consejo y los representantes de los trabajadores designarán al vicepresidente, *vid.* MENDOZA NAVAS, Natividad, *Los derechos de cogestión...*, *op. cit.*, p. 174. En términos similares, DOW, Gregory K., *Governing the firm...*, *op. cit.*, p. 85.

⁶⁹⁵ §29.2 MitbestG.

personal de alta dirección (art. 15.2 MitbestG), lo que podría determinar su sobrerrepresentación, que por sus características propias suele estar más cercano a los intereses y estrategias de la dirección. Además, reservar un representante en el Consejo de Vigilancia a los altos directivos puede suponer su sobrerrepresentación⁶⁹⁶.

Otra diferencia respecto del modelo paritario es que la cogestión no se extiende al Consejo de Dirección pues el Director de Trabajo puede ser nombrado unilateralmente por la empresa, sin que la representación de los trabajadores posea un derecho de veto que impida el nombramiento de este directivo esencial en el desarrollo de las relaciones laborales en el seno de la empresa.

Otro de los elementos que separan este modelo del paritario es la fórmula de elección de los representantes de los trabajadores para ocupar alguno de los puestos reservados en los Consejos de Vigilancia. En este caso, el legislador alemán ha previsto que aquellas empresas que empleen a menos de 8.000 trabajadores deberán elegir a los representantes en los órganos de vigilancia de forma directa –mediante el voto personal de cada uno de los trabajadores– mientras que para aquellas otras empresas con una plantilla superior a los 8.000 trabajadores se optó por un sistema indirecto – los trabajadores eligen mediante su voto a delegados que posteriormente son los encargados de elegir a los representantes en los Consejos de Vigilancia–. Se ha prescindido, por tanto, del papel reservado al comité de empresa en la elección de los trabajadores, lo que para la Confederación Sindical Alemana constituye una nueva agresión al poder sindical acometida en este modelo⁶⁹⁷.

Desde el punto de vista práctico, el número de empresas sometidas a este régimen, al igual que en el supuesto anterior, se está reduciendo fruto de la descentralización y la deslocalización, que provocan que las empresas adelgacen sus plantillas y queden por debajo de los umbrales establecidos en la Ley⁶⁹⁸.

c. La cogestión subparitaria

El último de los modelos de cogestión en el ordenamiento alemán es el introducido en el año 2004 a través de la Ley sobre un tercio de participación en los Consejos de Vigilancia⁶⁹⁹, aplicable a las sociedades de capital que empleen entre 500 y 2.000 empleados, excluidas aquellas empresas del sector del carbón y del acero que empleen a más de 1.000 trabajadores, al estar sometidas al régimen de la cogestión paritaria (§1 DrittelbG).

⁶⁹⁶ ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, *Participación de los trabajadores en la empresa...*, op. cit., p. 54.

⁶⁹⁷ §9 MitbestG.

⁶⁹⁸ GREIFENSTEIN, Ralph, *Perspectivas de la cogestión empresarial...*, op. cit., p. 16.

⁶⁹⁹ Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat (Ley sobre un tercio de participación en el Consejo de Vigilancia), de 18 de mayo de 2004 (en adelante DrittelbG).

Este modelo está caracterizado porque se reserva a los representantes de los trabajadores un tercio de los miembros del Consejo de Vigilancia de la sociedad. Tan exigua representación, en comparación con los modelos de cogestión anteriores, obviamente concede a los trabajadores una capacidad de influencia en las decisiones estratégicas de las empresas sensiblemente inferior a la ejercida en los modelos de participación paritaria o cuasi-paritaria⁷⁰⁰. Por consiguiente, podríamos sistematizar los diferentes marcos regulatorios de la cogestión en Alemania como una serie de círculos concéntricos, en los que a medida que nos acercamos al centro, más puro y eficaz es el sistema de participación de los trabajadores en la gestión de la sociedad.

Además de que este régimen presenta unos mecanismos descafeinados de participación de los trabajadores, existe un importante colectivo de empresas que, aun cumpliendo los requisitos necesarios para contar con órganos de cogestión, no han incorporado estos procedimientos. Es decir, existe un cierto volumen de empresas que incumplen la obligación de incorporar mecanismos de cogestión⁷⁰¹. Quizá el tamaño medio de estas empresas, con estructuras sindicales más débiles y con una menor tradición en la cogestión, sea el motivo que favorezca el incumplimiento en este sector. Pues los sindicatos no poseen la implantación necesaria para poder vigilar el respeto a la normativa sobre cogestión por parte de las sociedades.

En este caso, los representantes definitivos serán elegidos por los trabajadores de entre los candidatos nominados por el comité de empresa o por los propios trabajadores (el 10% o de, al menos, 100 trabajadores)⁷⁰². Debe destacarse que en este caso, al contrario de los anteriores, los representantes no podrán ser personas externas a la empresa en cuyo órgano participarán, deberán ser exclusivamente trabajadores.

2. El modelo nórdico

El modelo nórdico reúne fundamentalmente a Estados del norte de Europa – Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia–, y a Eslovaquia. Este modelo de implicación de los trabajadores respeta el modelo general europeo y ha dispuesto la organización empresarial de sus sociedades principalmente a través del sistema monista, con un único órgano de dirección y, en segundo lugar, a través del sistema

⁷⁰⁰ Incluso en este supuesto se lleva a dudar de si la cogestión en este modelo no se ha convertido en un elemento superfluo, *vid.* DOW, Gregory K., *Governing the firm...*, *op. cit.*, p. 87.

⁷⁰¹ Aunque los estudios doctrinales no han alcanzado un acuerdo sobre el número de empresas incumplidoras afectadas, GREIFENSTEIN, Ralph, *Perspectivas de la cogestión empresarial...*, *op. cit.*, p. 24.

⁷⁰² §4-6 DrittelbG.

mixto⁷⁰³. También sigue el modelo ordinario en cuanto a la extensión del sistema de implicación tanto a las empresas públicas como privadas⁷⁰⁴.

La característica nuclear de este modelo radica en su aplicabilidad a empresas de pequeña dimensión. De hecho, los ordenamientos que exigen un número más pequeño de trabajadores para poder implantar un sistema de participación en la gestión empresarial se encuentran en este modelo.

Suecia es el Estado en el que menor número de trabajadores son necesarios, solo 25, para poder elegir representantes en el consejo de administración de la empresa en la que presten sus servicios esos trabajadores, 30 trabajadores son los necesarios en el caso de Noruega⁷⁰⁵, 35 en el caso de Dinamarca y 50 en Eslovaquia. Finlandia se separa de la norma general y se sitúa entre los que fijan unos umbrales más elevados. De hecho, Finlandia es, dentro del modelo nórdico, el Estado en el que mayor número de trabajadores es necesario para poder introducir mecanismos de implicación de los trabajadores en la gestión empresarial, más de 150. No obstante, a pesar de requerir un número sensiblemente superior al del resto de Estados nórdicos, sigue estando entre los más bajos si lo comparamos con el resto de modelos.

Asimismo, el modelo nórdico de cogestión, con unas relaciones colectivas mucho más desarrolladas e intensas que otras regiones, está caracterizado por el papel en su impulso de las organizaciones sindicales o de los propios trabajadores y no solo de la imposición legal. En todos los Estados del modelo nórdico, además de cumplir con el requisito numérico mínimo enunciado anteriormente, es necesario que las organizaciones sindicales o los trabajadores insten el nombramiento de sus representantes en los órganos de dirección⁷⁰⁶.

En cuanto a la proporción de los representantes en los órganos de dirección, no hay uniformidad. En Dinamarca los representantes de los trabajadores podrán suponer un tercio del órgano de representación con un mínimo de dos miembros, tres en caso de

⁷⁰³ Noruega, Suecia e Islandia prevén un sistema monista; Dinamarca y Finlandia han optado por un sistema mixto, recordemos que significa que las empresas pueden elegir entre organizar su gestión a través de un único órgano de gestión o de dos, uno de gestión y otro de supervisión; finalmente, Eslovaquia ha optado por un sistema dual.

⁷⁰⁴ Salvo Islandia, que no regula la implicación de sus trabajadores en la gestión empresarial, todos los países pertenecientes a este modelo han previsto la participación de sus trabajadores tanto en empresas privadas como públicas (Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia).

⁷⁰⁵ VASQUEZ, Fernando, "La participación de los trabajadores...", *op. cit.*, p. 920.

⁷⁰⁶ En Dinamarca la solicitud puede ser presentada por las organizaciones sindicales o por los trabajadores, después seguirá una votación entre los trabajadores para determinar si deben o no nombrar representantes. En Finlandia la solicitud deberá ser presentada por dos grupos profesionales de trabajadores (obreros, administrativos...) que representen a la mayoría de trabajadores en la empresa. En Noruega, la petición debe ser realizada por la mayoría de los trabajadores en las empresas de más de 200 empleados. Finalmente, en Suecia la decisión puede ser instada por las organizaciones sindicales propias de la compañía ligado al acuerdo con la compañía.

implicación de los trabajadores en grupos de empresas. En Noruega, la representación será desde un miembro hasta un tercio del comité en función del tamaño de la compañía. En Suecia, en aquellas empresas que empleen a menos de 1000 trabajadores, se tendrá derecho a nombrar, al menos, a 2 representantes. En aquellas en las que presten sus servicios más de 1000 empleados, la representación mínima se incrementa hasta los 3 representantes⁷⁰⁷. En ningún caso la representación podrá superar la mitad de los miembros del órgano de dirección de la compañía. Finalmente, Finlandia ha establecido el sistema básico, menos garantista, pues a falta de acuerdo entre las partes, la empresa decidirá en qué órgano de gobierno –Consejo de Administración, Consejo de Supervisión o Junta Directiva– participarán los representantes de los trabajadores. En este caso, los trabajadores tendrán derecho a elegir entre uno y cuatro representantes en el órgano designado por el empleador, sin que los nombramientos puedan superar una quinta parte del total de miembros. No obstante, aunque el sistema básico es menos garantista que el del resto de los Estados nórdicos, pues fija una proporción máxima de trabajadores inferior y por tanto es fácil suponer que la capacidad de influir en la toma de decisiones por parte de los representantes será menor, su sistema negociador es francamente superior. Por acuerdo entre la dirección de la empresa y los representantes de los trabajadores y la empresa, que deben formar parte de al menos dos grupos profesionales (obreros, administrativos...) y representar a la mayoría de la plantilla, se podrá acordar el número de representantes de los trabajadores que formarán parte de los órganos directivos, sin ninguna limitación numérica, y el órgano concreto en el que tendrá lugar dicha participación.

La nominación concreta de los representantes que puedan formar parte de los órganos de dirección se hace a instancias de los propios trabajadores o de sus representantes, ya sean órganos sindicales o a través del acuerdo dentro de los grupos profesionales. En cualquier caso, entre los representantes designados, serán los propios trabajadores los encargados de determinar quiénes formarán parte definitivamente de los órganos de dirección y gestión de la empresa⁷⁰⁸.

Finalmente, en este modelo de implicación los representantes de los trabajadores en los consejos de administración o supervisión tendrán los mismos derechos que tienen los representantes de los accionistas. Sin embargo, es habitual que se limite su participación en aquellos asuntos en los que se pueda inferir un conflicto de intereses, tales como: los debates relacionados con la negociación colectiva o las huelgas. En este sentido, por ejemplo, el modelo finlandés declara que los representantes de los trabajadores en los órganos de gestión empresarial tienen los mismos derechos que el

⁷⁰⁷ VASQUEZ, Fernando, “La participación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 920.

⁷⁰⁸ Nótese que aunque en Suecia pueden elegir los trabajadores, no hay una obligación formal sobre dicha opción, CONCHON, Aline, KLIGE, Norbert y STOLLT, Michael, *Worker board-level...*, *op. cit.*, p. 5.

resto de miembros del órgano directivo, pero no pueden participar en decisiones relacionadas con huelgas, salarios o en asuntos vinculados con la contratación y despido de los directivos⁷⁰⁹.

3. El modelo mediterráneo: especial referencia a España

El modelo mediterráneo, cuya característica transversal es que los derechos de implicación se predicen exclusivamente respecto de las empresas públicas, aúna a aquellos Estados que limitan la implicación de sus trabajadores a las empresas del sector público. El modelo está fundamentalmente compuesto de países mediterráneos –Grecia, Portugal y España–, con las excepciones de la República Checa e Irlanda, que pese no pertenecer al entorno mediterráneo, presentan grandes vínculos con este modelo.

Mención aparte merece la legislación en Portugal, donde raramente se ha implementado la implicación de los trabajadores en las empresas de propiedad estatal, a pesar de que formalmente la legislación lo contemple⁷¹⁰.

En Grecia, Irlanda y España la implicación de los trabajadores se desarrolla sobre un modelo societario monista, es decir, el Consejo de Administración ejerce las funciones de gestión y control. Por tanto, la participación de los trabajadores en la gestión supone la inclusión de sus representantes en dicho órgano. No obstante, el sistema monista, al igual que los sistemas duales en otros ordenamientos, no es una unidad granítica uniforme, sino que está sujeta a variaciones en cada Estado. De hecho, en nuestro país se habla de un modelo monista revisado o renovado en el que dentro del órgano de dirección se crean subcomités especializados en el control y vigilancia del funcionamiento del Consejo de Administración⁷¹¹. La evolución del sistema monista responde en nuestro país a las crisis de algunas grandes sociedades y a los comportamientos abusivos de algunos miembros de los órganos de administración⁷¹², que hacían necesario reorientar la misión del Consejo de Administración hacia el control y supervisión de los directivos, dado el fracaso del

⁷⁰⁹ Art. 9 Act on Personnel Representation in the Company Administration (725/1990) (as amended by the several Acts, including No. 220/2010).

⁷¹⁰ CONCHON, Aline, KLIGE, Norbert y STOLLT, Michael, *Worker board-level...*, *op. cit.*, p. 4.

⁷¹¹ Así, la existencia de un Comité de Auditoria en el sistema monista acerca su estructura a la del sistema dual, CUENCA GARCÍA, Ángeles, “El órgano de administración...”, *op. cit.*, p. 291; En similares términos, *vid.* ALONSO UREBA, Alberto, “Hacia un modelo monista revisado...”, *op. cit.*, p. 569, ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, “¿Es oportuno introducir en España...”, *op. cit.*, p. 705.

⁷¹² Diferentes comisiones –Olivencia, Aldama y grupo especial de trabajo– han abordado el estudio y rediseño del gobierno corporativo en nuestro país. Al respecto, *vid.* PERDICES HUETOS, Antonio y RIAÑO LÓPEZ, Dámaso, “El gobierno corporativo en España” en GOÑI SEIN, José Luis (Dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 42-50.

modelo de sumisión a la Junta General de Accionistas⁷¹³. No faltan autorizadas voces que reclaman que, habida cuenta del contexto europeo, se permita a las sociedades elegir entre un modelo monista o dual⁷¹⁴.

Las excepciones al modelo, en este caso, son protagonizadas por Portugal, que contempla un sistema mixto, en el que las sociedades pueden elegir entre un modelo monista o dual de organización empresarial, y por la República Checa, que ha optado por exigir a sus empresas que organicen su gestión a través de un sistema dual.

La proporción de los representantes de los trabajadores en los órganos de dirección es francamente minoritaria, al menos en este modelo en comparación con el modelo nórdico. La proporción de trabajadores en los órganos de dirección oscila entre 1 y 3 miembros, con las excepciones de la República Checa, que establece que los trabajadores ocuparán un tercio de los puestos del órgano de supervisión de la compañías públicas, y de Irlanda, que ha establecido también que los trabajadores ocuparan un tercio del órgano de dirección empresarial. La proporción de trabajadores en el modelo mediterráneo queda muy lejos, por tanto, de los niveles del estándar nórdico, donde en algunos casos la presencia de los trabajadores podía alcanzar hasta la mitad del órgano.

La designación de los candidatos a ocupar los asientos en los órganos de administración es realizada usualmente por las organizaciones sindicales, con alguna particularidad. En Grecia, formalmente las nominaciones de candidatos corresponden a los trabajadores aunque de facto son realizadas por las organizaciones sindicales. Por otra parte, en Portugal, la designación corresponde al Comité de Empresa. La elección final entre los candidatos designados corresponde a los trabajadores de la empresa. Solo España se separa del régimen general, en este caso corresponde a los sindicatos más representativos la designación y nombramiento de los representantes de los trabajadores en los órganos de dirección.

En todos los Estados del modelo mediterráneo, menos en España, los representantes de los trabajadores en los órganos de dirección deben ser de forma simultánea trabajadores de la empresa.

Para finalizar con el modelo mediterráneo, centraremos ahora nuestro análisis en el modelo de cogestión español. En nuestro país, podemos encontrar en la Constitución Republicana de 1931, como en tantos otros aspectos de nuestro sistema laboral

⁷¹³ MARTÍ LACALLE, Rocío, “El ejercicio de las competencias...”, *op. cit.*, pp. 129-130. La ruptura entre los mandantes, accionistas propietarios del capital, y los mandatarios, administradores no es un fenómeno nuevo, *vid.* GIRÓN TENA, JOSÉ, “Las reformas varias, pendientes, y andantes de la Sociedad Anónima en España” en *La Ley: Revista jurídica española de Doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 1989, p. 927.

⁷¹⁴ ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, “¿Es oportuno introducir en España...”, *op. cit.*, p. 657.

vigente⁷¹⁵, el antecedente histórico más importante sobre la participación de los trabajadores en la gestión empresarial⁷¹⁶. El resultado de ese marco de fomento de la participación cristalizó en las comisiones interventoras o en los decretos de colectivizaciones de Cataluña, como más tarde lo fueron los consejos laborales o la Ley 41/1962 durante el franquismo⁷¹⁷.

En la actualidad, el marco jurídico básico sobre la participación se encuentra en el artículo 129.2 CE⁷¹⁸, que establece una obligación abstracta, a desarrollar por los poderes públicos, de concretar ese derecho genérico de los trabajadores a la participación en la gestión de la empresa. Se trata de un mandato constitucional íntimamente relacionado con el deber más genérico de que los poderes públicos facilitan la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural, previsto en el artículo 9.2 CE⁷¹⁹.

El indeterminado mandato del artículo 129 CE facilita que sirva de marco a una muestra muy variada de manifestaciones de la participación de los trabajadores en la empresa. Así, por ejemplo, se ha justificado que la representación unitaria en la empresa es desarrollo de este precepto⁷²⁰. Otros supuestos que también han sido identificados como fórmulas de implicación de los trabajadores han sido el acuerdo entre representantes de los trabajadores y la dirección de la sociedad, normalmente en defecto de regulación por parte de convenios colectivo, para: determinar el sistema de clasificación profesional (art. 22.1), para el sistema de ascensos (art. 24.1), para el

⁷¹⁵ Así se LANDA ZAPIRAIN, Juan Pablo, “Las nuevas formas de participación...”, *op. cit.*, p. 672.

⁷¹⁶ El artículo 46 de la Constitución Republicana de 1931 señalaba “El trabajo, en sus diversas formas, es una obligación social, y gozará de la protección de las leyes. La República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social regulará: los casos de seguro de enfermedad, accidentes, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte; el trabajo de las mujeres y de los jóvenes y especialmente la protección a la maternidad; la jornada de trabajo y el salario mínimo y familiar; las vacaciones anuales remuneradas; las condiciones del obrero español en el extranjero; las instituciones de cooperación, la relación económico-jurídica de los factores que integran la producción; la participación de los obreros en la dirección, la administración y los beneficios de las empresas, y todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores”. El artículo trato de ser desarrollado mediante el proyecto de Ley de 20 de octubre de 1931, pero finalmente no fue llevado a la práctica, *vid.* INSTITUTO DE ESTUDIOS SINDICALES, SOCIALES Y COOPERATIVOS, *La cogestión*, *op. cit.*, p. 80.

⁷¹⁷ LANDA ZAPIRAIN, Juan Pablo, “Las nuevas formas de participación...”, *op. cit.*, p. 672. Un análisis de la Ley de Cogestión franquista puede consultarse en INSTITUTO DE ESTUDIOS SINDICALES, SOCIALES Y COOPERATIVOS, *La cogestión*, *op. cit.*, pp. 83-87.

⁷¹⁸ Art. 129.2 CE: “Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción”. Aunque el artículo transcrito puede ser interpretado como la base normativa para aprobar una ley que extienda la participación de los trabajadores en la empresa, lo cierto es que tal precepto, tal y como está redactado, no impone una única fórmula de democracia económica en la empresa, en similares términos *vid.* LANDA ZAPIRAIN, Juan Pablo, “Las nuevas formas de participación...”, *op. cit.*, p. 675. En similares términos, BAYLOS GRAU, Antonio, “Representación en la empresa...”, *op. cit.*, p. 11.

⁷¹⁹ FJ 3º STC 208/1989, de 14 de diciembre.

⁷²⁰ FJ 3º, STC 98/1985, de 29 de julio.

sistema de salarios (art. 29.1), para la fecha de percepción de las pagas extraordinarias (art. 31), para colaborar en la gestión de las obras sociales de la empresa (art. 64.1.10)⁷²¹. Aunque también es posible encontrar alguna pincelada de participación en otras disposiciones, como en las competencias de los comités de seguridad y salud (art. 39 de la Ley de Prevención de riesgos Laborales)⁷²².

El carácter programático del mandato constitucional recogido en el artículo 129.2 CE, junto con las objeciones del empresariado español a democratizar la toma de decisiones en la empresa y a someter las mismas a procedimientos de negociación colectivas, aunque es cierto que estas reticencias se han ido modulando con el tiempo⁷²³, han provocado que la participación de los trabajadores en la gestión empresarial no se encuentre tan desarrollada en nuestro país como en otros y que el modelo de implicación español se incline por la participación de los trabajadores en la gestión de la empresa desde fuera, sin implicarse en los órganos de gestión de la sociedad⁷²⁴. En otras palabras, parece que en nuestro país la participación es sinónimo de información y consulta, pero no de cogestión. Lo cierto es que las disposiciones que imponen de manera transversal a todas las sociedades de nuestro país determinados deberes de cogestión son la excepción, el legislador no ha promulgado, ya sea por prudencia o por imposibilidad⁷²⁵.

4. El modelo restringido

Este modelo en realidad comprende a muy pocos Estados –de hecho, solo hemos incluido dentro de este estándar a los Países Bajos y Eslovenia–, pero presenta unas particularidades tan significativas respecto de los demás modelos que hemos considerado conveniente destacarlo.

La característica diferenciadora de este estándar radica en que su ámbito de aplicación, además de venir definido en función del número de trabajadores empleados por cada empresa, como el resto de los modelos, se ve complementado por requisitos adicionales.

En el caso holandés, además de requerir que las empresas empleen, al menos, a 100 trabajadores, es necesario que las sociedades tengan un comité de empresa y que

⁷²¹ SAMPER JUAN, Joaquín, “Los sistemas tradicionales...”, *op. cit.*, p. 483.

⁷²² LANDA ZAPIRAIN, Juan Pablo, “Las nuevas formas de participación...”, *op. cit.*, p. 673.

⁷²³ La actitud empresarial ha evolucionado desde una oposición frontal a la contractualización hasta, a partir de los años noventa del pasado siglo, fomentar a través de la negociación colectiva como elemento de reforzamiento del poder empresarial y de regulación de las relaciones laborales, siendo evidente el potencial participativo que la negociación colectiva tiene respecto del poder de dirección y de organización empresarial, BAYLOS GRAU, Antonio, “Representación en la empresa...”, *op. cit.*, p. 13.

⁷²⁴ TERRADILLOS ORMAETXEA, Edurne, “La participación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 1066.

⁷²⁵ LANDA ZAPIRAIN, Juan Pablo, “Las nuevas formas de participación...”, *op. cit.*, p. 673.

dispongan de un capital social de más de dieciséis millones de euros⁷²⁶. Por otra parte, en Eslovenia es necesario que las empresas cuenten con, al menos, dos de las siguientes características: una plantilla mínima de 50 trabajadores, un volumen de ventas de 8,8 millones de euros o un valor de la sociedad no inferior a 4,4 millones de euros⁷²⁷.

El caso holandés a pesar de que formalmente el volumen de la plantilla no es elevado, en la práctica puede ser más restrictivo que otros ordenamientos, incluso que algunos que formalmente exijan un número mayor de trabajadores, pues incorpora requisitos adicionales sobre el capital social y sobre la organización de los trabajadores. Estos condicionantes en última instancia reducen las posibles empresas que puedan cumplir dichos requisitos y, por tanto, reduce el número de empresas que puedan incorporar a trabajadores a sus órganos de gestión. Sin embargo, el supuesto esloveno es menos restrictivo al hacer depender la implicación de los trabajadores de la concurrencia de dos de las tres variables. Por tanto, en este supuesto se restringe en menor medida el número de sociedades vinculadas por la norma y se alcanza con mayor facilidad el objetivo primario de las limitaciones impuestas, que parece ser el de reservar la implicación de los trabajadores para aquellos supuestos en los las empresas tengan cierto tamaño cualitativo más que cuantitativo. Es decir, que los trabajadores participarán en aquellas sociedades con cierto volumen de negocio independientemente del número de trabajadores que esta posea.

En el modelo restringido de implicación los Estados permiten a sus compañías que elijan el modelo organizativo que más se ajuste a sus necesidades, monista o dual⁷²⁸. En caso de optar por un sistema dual, los trabajadores tendrán derecho a ocupar un tercio del órgano de supervisión, que podrá llegar incluso hasta la mitad de dicho órgano en el caso esloveno, si así lo definen los estatutos sociales. En caso de haber optado por el sistema monista, la representación en el órgano de gestión es dispar en cada Estado. En Eslovenia los trabajadores tendrán derecho a representar hasta un máximo de un cuarto del órgano de gestión, siendo el mínimo un representante. El caso holandés, por su parte, los trabajadores tendrán derecho a un tercio de los asientos no ejecutivos del órgano de gestión.

La determinación de los candidatos a formar parte de los órganos de dirección empresariales se llevará a cabo por los comités de empresa. No obstante, en los Países Bajos será la asamblea general de accionistas la que seleccionará a los candidatos definitivos de entre la terna de nombres propuestos por el comité de empresa.

⁷²⁶ CONCHON, Aline, “Workers’ voice in corporate governance...”, *op. cit.*, p. 19.

⁷²⁷ CONCHON, Aline, “Workers’ voice in corporate governance...”, *op. cit.*, p. 21.

⁷²⁸ Eslovenia solo deja elegir entre modelos a las sociedades anónimas. El resto de compañías deben someterse obligatoriamente al modelo dual.

5. Modelos alternativos

Además de los modelos descritos, es posible encontrar diversos Estados con regulaciones singulares sobre la participación de sus trabajadores en los órganos de dirección empresarial. Esas características propias dificultan su encaje en los grandes modelos descritos, por lo que trataremos de sistematizar las características que los sitúan como modelos con entidad propia.

El modelo francés, por ejemplo, organiza la administración de sus sociedades a través de un sistema mixto, es decir, que las sociedades pueden elegir entre organizar su gestión a través de un único órgano dirección, sistema monista, o dividir los poderes sociales en un órgano de dirección y otro de control, sistema dual. No obstante, la práctica de las sociedades ha demostrado una preferencia por el sistema monista, con mayor tradición en el sistema francés⁷²⁹.

Además, contempla la cogestión de los trabajadores tanto en las empresas de titularidad pública como privada, lo que le situaría en la órbita del modelo nórdico. No obstante, las reglas sobre la implicación de los trabajadores difieren en función de si las compañías son sociedades anónimas privadas o empresas públicas, lo que definitivamente dota a este estándar de una idiosincrasia propia que lo separa de los modelos previamente enunciados⁷³⁰.

Las empresas públicas francesas, considerando como tal a aquellas en las que el estado ostente directamente más del 50% del capital social, que empleen a menos de 200 trabajadores contarán con carácter general con, al menos, dos representantes de los trabajadores en los órganos de dirección empresarial, aunque la representación de los trabajadores podrá alcanzar hasta un tercio del órgano⁷³¹. En las empresas públicas que empleen a más de 200 trabajadores, los representantes de los trabajadores ocuparán hasta un tercio de los órganos de dirección. Por otra parte, la legislación francesa también ha contemplado la participación de los trabajadores en aquellas empresas en las que el Estado ostente más del 50% del capital social de forma indirecta. En este caso, cuando la plantilla de la sociedad ocupe entre 200 y 1000 empleados, los trabajadores tendrán 3 representantes en los órganos de dirección. La

⁷²⁹ Sobre el modelo de administración francés *vid.* CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, Luis, “Una aproximación al modelo de administración de la sociedad francesa” en ALONSO LEDESMA, Carmen, ALONSO UREBA, Alberto y ESTEBAN VELASCO, Gaudencio (Dir.), *La modernización del derecho de sociedades de capital en España. Cuestiones pendiente de reforma*, Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 782.

⁷³⁰ Una caracterización de este modelo puede consultarse en CONCHON, Aline, “Workers’ voice in corporate governance...”, *op. cit.*, p. 15. Para un análisis detallado de este modelo *vid.* BEFFA, Jean-Loius y CLERC, Christophe, *Les chances d’une codétermination à la française*, The cournot Centre and Foundation, Prisme núm. 26, enero 2013, pp. 15-19.

⁷³¹ Sobre la participación en el sector público francés *vid.* arts. 14-30 de la Ley de 26 de julio de 1983, núm. 83-675, sobre la democratización del sector público.

representación se elevará hasta un tercio del órgano de dirección cuando la empresa emplee a más de 1000 trabajadores.

Las organizaciones sindicales o el 10% de los representantes de los trabajadores en la empresa podrán proponer a trabajadores de mismas sociedades para ocupar los puestos de representación. No obstante, serán los trabajadores los que finalmente decidan quiénes ocupan las vacantes del banco obrero en los órganos de dirección.

En cuanto a la implicación en el sector privado, hay que diferenciar entre la participación voluntaria u obligatoria de los trabajadores en la gestión empresarial⁷³².

Las empresas que empleen a más de 1000 trabajadores en Francia o 5000 en todo el mundo vendrán obligadas a incorporar a representantes de los trabajadores en su gestión. Estas empresas deberán incorporar, al menos, a un representante de los trabajadores, cuando el órgano de dirección esté compuesto por menos de doce miembros, y a dos representantes cuando el órgano supere dicho número. La asamblea general de accionistas podrá elegir, previa consulta con el comité de empresa, entre las siguientes opciones sobre cómo seleccionar a los miembros de los órganos de dirección: que los candidatos sean nominados por las organizaciones sindicales y votados por los trabajadores, que los representantes sean determinados por el comité de empresa, que los miembros de los órganos de dirección sean definidos por las organizaciones sindicales y/o, en último lugar, que un candidato sea elegido conforme a alguno de los anteriores mecanismos, otro por el Comité de Empresa Europeo y otro por la compañía.

En las compañías que voluntariamente decidan incorporar mecanismos de implicación, la presencia de los trabajadores en los órganos de dirección podrá ser hasta de un 25% del órgano de dirección. Los candidatos serán nominados por las organizaciones sindicales o por el 5% de los trabajadores o por 100 trabajadores en empresas de más de 2000 trabajadores.

Los sistemas de cogestión de Austria, Croacia y Hungría también se separan de los grandes modelos que hemos definido⁷³³. En primer lugar, al contrario que el sistema nórdico, la participación de los trabajadores se reserva para sociedades de cierto tamaño. Las empresas deben dar empleo a más de 200 trabajadores, 300 en el supuesto austríaco. En segundo lugar, al contrario que el modelo mediterráneo, estos Estados han optado porque la dirección de sus sociedades se rija por un sistema dual, que como ya hemos expuesto supone que la administración de la sociedad se articula en torno a dos órganos, uno de dirección y otro de control en el que se sitúan los

⁷³² CONCHON, Aline, “Workers’ voice in corporate governance...”, *op. cit.*, p. 15.

⁷³³ Sobre estos modelos de cogestión, *vid.* CONCHON, Aline, KLIGE, Norbert y STOLLT, Michael, *Worker board-level...*, *op. cit.* Sobre el estándar húngaro puede consultarse también, BEFFA, Jean-Loius y CLERC, Christophe, *Les chances d'une codétermination...*, *op. cit.*, p. 62.

representantes de los trabajadores. No obstante, Croacia y Hungría permiten, además, que sus sociedades anónimas nacionales opten entre el sistema dual o uno monista.

La proporción de trabajadores varía sustancialmente según cada Estado. Croacia ha previsto un único representante. Austria un tercio del consejo de supervisión. Por su parte Hungría ha previsto un tercio del consejo de supervisión o lo que acuerden las partes.

El nombramiento de los trabajadores también varía en función de cada uno de estos tres Estados. Austria ha optado porque los candidatos sean elegidos por y entre los miembros de los comités de empresa. El ordenamiento húngaro ha optado porque los comités de empresa nominen de entre los trabajadores de la empresa a los posibles candidatos para que de entre ellos elijan los accionistas de las compañías. Finalmente, Croacia ha previsto que la elección de los candidatos se realice por parte de los comités de empresa sin limitar el perfil de los posibles candidatos. No obstante, en caso de falta de acuerdo, los candidatos serán elegidos por los trabajadores de entre los candidatos presentados por las organizaciones sindicales o candidaturas de trabajadores que representen, al menos, al 20% de la plantilla. En este caso, los candidatos deberán ser necesariamente empleados de la compañía.

Finalmente, el caso luxemburgués también se separa de los grandes estándares descritos⁷³⁴. Al contrario que el modelo mediterráneo, Luxemburgo contempla la cogestión tanto para las empresas privadas como para las de titularidad pública. Tampoco coincide con el modelo nórdico pues, al contrario que aquel, este modelo se reserva para sociedades de grandes dimensiones.

En cuanto a la participación de los trabajadores en los órganos de dirección en las sociedades privadas, Luxemburgo contempla la cogestión exclusivamente para aquellas sociedades anónimas que empleen a más de 1000 trabajadores, lo que sitúa a este país entre aquellos Estados con un umbral más alto posibilitar la participación de sus trabajadores.

Cumplida la exigencia cuantitativa, se reservarán en el consejo de administración o de control un tercio de los puestos para representantes de los trabajadores, téngase en cuenta que Luxemburgo permite a sus sociedades que opten por un modelo dual o monista. Los representantes de los trabajadores de la empresa seleccionarán de entre los propios trabajadores de la sociedad aquellos que formarán parte del órgano de gestión. A excepción de la industria del metal, en las que los sindicatos más representativos pueden nominar directamente a tres representantes en los órganos de

⁷³⁴ Sobre las características del modelo luxemburgués, *vid.* CONCHON, Aline, “Workers’ voice in corporate governance...”, *op. cit.*, p. 17.

dirección. Además, en este sector será posible que los miembros designados por los trabajadores no sean trabajadores de la sociedad.

En cuanto a las empresas públicas, entendiendo por tal aquellas sociedades en las que el Estado posea al menos el 25% del capital social, los trabajadores tendrán derecho a tener un representante en el órgano de gestión correspondiente por cada cien trabajadores, como mínimo tendrán derecho a tres representantes y como máximo 33% del consejo. Los candidatos serán elegidos de entre los trabajadores de la empresa por los representantes de los trabajadores.

Luxemburgo es el último de los modelos nacionales que viene a completar la heterogénea lista de estándares de cogestión en el contexto europeo. Todos ellos son el resultado de una evolución y desarrollo particular en el que influyen, entre otros condicionantes, la tradición jurídica propia de los países de origen, que favorece que los Estados opten por un modelo dual o monista, o la fortaleza de sus organizaciones sindicales, que favorece que aquellos Estados con organizaciones sindicales más dinámicas hayan optado, por ejemplo, por amparar la participación de los trabajadores incluso en sociedades de pequeña dimensión. Asimismo, no podemos olvidar que junto a los Estados que han optado por incorporar disposiciones sobre la cogestión, aunque estos sean mayoritarios, coexisten otros que no lo contemplan⁷³⁵. Conjuguar todas estas variables y realidades normativas para alumbrar una sociedad europea fue una tarea no exenta de dificultades, como inmediatamente señalaremos.

III. LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LAS SOCIEDADES EUROPEAS

La incentivación de formas de participación determinante de los trabajadores en la toma de decisiones de sus empresas constituye un importante reto para el mundo del trabajo que requiere, en primer lugar, la propia internacionalización del movimiento sindical, canal tradicional a través del cual se articula la representación de los trabajadores. Ello facilitaría al personal de las empresas transnacionales poder crear un representante sindical también transnacional, que pueda actuar como interlocutor y negociar en condiciones de igualdad con las direcciones empresariales globales, es decir, con la empresa matriz de las grandes corporaciones internacionales. Sin embargo, la evolución de la transnacionalización de las organizaciones sindicales no está cumpliendo con los requerimientos de la nueva realidad productiva. Las federaciones sindicales internacionales todavía distan mucho de poder siquiera equipararse mínimamente con la fortaleza y la capacidad de liderazgo en las reivindicaciones laborales que las centrales sindicales poseen en los Estados. No

⁷³⁵ Doce Estados no contemplan la participación de los trabajadores: Bélgica, Bulgaria, Chipre, Estonia, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Malta, Rumanía y el Reino Unido, *vid.* CONCHON, Aline, “Workers’ voice in corporate governance...”, *op. cit.*, p. 11.

digamos ya la representación sindical/unitaria en las propias empresas transnacionales, a través de órganos como las redes sindicales o los comités de empresa mundiales, que se encuentran en un estado absolutamente embrionario, cuyo análisis también será abordado en el próximo capítulo.

Por ello, potenciar la constitución de sociedades de vocación europea, particularmente la Sociedad Anónima Europea, aunque también a través de la Sociedad Cooperativa Europea, puede contribuir a situar el centro de decisión y negociación, al menos a nivel europeo⁷³⁶, en el contexto que le corresponde⁷³⁷. Es decir, este tipo de sociedades permite que las negociaciones de empresas que organizan su producción de forma transfronteriza en Europa deban consultar, informar y permitir la participación de sus trabajadores en el nivel en el que se adoptan las decisiones, el nivel comunitario, y no a través de la acumulación, paralela o consecutiva, de procesos nacionales, evitando con ello las contradicciones derivadas del establecimiento de diversos procesos sobre la misma decisión. Por tanto, pretende transnacionalizar la organización empresarial y, en consecuencia, la representación de los trabajadores, al contrario que los Comités de Empresa Europeos que perseguían a adaptar la representación de los trabajadores a un entorno globalizado, pero construyendo dicha representación transnacional sobre estructuras empresariales nacionales.

El protagonismo central de la Sociedad Anónima Europea en el mercado⁷³⁸, junto con las profusas coincidencias de los objetivos de esta sociedad con los de la Sociedad Cooperativa Europea⁷³⁹, así como con el propio estatuto jurídico de esta figura societaria⁷⁴⁰, con las diferencias naturales derivadas de su diferente naturaleza

⁷³⁶ Hay evidencias que la Sociedad Anónima Europea impulsa la europeización de las relaciones laborales, STOLLT, Michael, KLUGE, Norbert, "The potential of employee...", *op. cit.*, pp. 183, 188.

⁷³⁷ En términos similares *vid.* CRUZ VILLALÓN, Jesús, "Los cambios en la organización de la empresa...", *op. cit.*, p. 44 y ORTIZ LALLANA, Carmen, "La participación de los trabajadores...", *op. cit.*, p. 252.

⁷³⁸ Según los datos de la base de datos sobre Sociedades Anónimas Europeas elaborada por el ETUI (ECDB) existen 2.447 sociedades constituidas al amparo del Reglamento 2157/2001/CE, de 8 de octubre (<http://ecdb.worker-participation.eu> [Consultado el 24 de octubre de 2015]). Mientras que en mayo de 2010, los datos oficiales más recientes disponibles, solo se había constituido 16 Sociedades Cooperativas Europeas, según el Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la revisión de la Directiva 2003/72/CE del Consejo, de 22 de julio de 2003, por la que se completa el Estatuto de la sociedad cooperativa europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, COM(2010) 481 final, de 16 de septiembre de 2010, p. 9. La diferencia es notable incluso si comparamos las Sociedad Cooperativa Europea con Las Sociedades Anónimas Europeas constituidas en 2010, 601 según la base de datos del ETUI. Además de su importancia cuantitativa, la Sociedad Anónima Europea como entidad corporativa para hacer negocios en Europa ha descrita como "buque insignia" del Derecho Mercantil Europeo, STOLLT, Michael, KLUGE, Norbert, "The potential of employee...", *op. cit.*, p. 182.

⁷³⁹ Es decir, la Sociedad Cooperativa Europea también pretende impulsar la constitución de sociedades de dimensión comunitaria más competitivas en el actual mercado globalizado, MONEREO PÉREZ, José Luis, *et al.*, *La participación de los trabajadores...*, *op. cit.* p. 286.

⁷⁴⁰ Reglamento 1435/2003/CE y la Directiva 2003/72/CE. De hecho, las coincidencias son tantas que el legislador español procedió a transponer el régimen jurídico de la implicación de los trabajadores en las

jurídica⁷⁴¹, nos invita a centrar a continuación nuestro análisis sobre la Sociedad Anónima Europea.

1. La Sociedad Anónima Europea

a. El régimen jurídico de la Sociedad Anónima Europea: marco normativo general

El régimen jurídico de la Sociedad Anónima Europea está codificado en sus aspectos mercantiles fundamentales, constitución y estructura⁷⁴², en el Reglamento 2157/2001/CE, de 8 de octubre⁷⁴³. Sin embargo, la regulación de la implicación de los trabajadores en este tipo de sociedades se desarrolla a través de la Directiva 2001/86/CE⁷⁴⁴. La aprobación de ambas normas responde a la voluntad del legislador comunitario de establecer una correspondencia entre la unidad económica y la estructura jurídica a nivel europeo a través de la cual se desarrolla el proyecto empresarial transnacional⁷⁴⁵. Las Sociedades Anónimas Europeas, por tanto,

Sociedades Anónimas Europeas y en las Sociedades Cooperativas Europeas de manera conjunta a través de la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre la implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas (BOE núm. 250, de 19 de octubre de 2006). La exposición de motivos de la Ley señala que “La Directiva 2003/72/CE responde en su estructura y contenido a los de la Directiva 2001/86/CE, salvo en sus artículos 8 y 9 que contemplan peculiaridades de la sociedad cooperativa europea. Por ello, atendiendo a razones de economía legislativa, se ha incluido en esta Ley una disposición adicional, mediante la que se establece la regulación particular de la Sociedad Cooperativa Europea, abordándose así conjuntamente la transposición de ambas directivas”.

⁷⁴¹ Se ha señalado que la aprobación del estatuto jurídico de la Sociedad Cooperativa Europea a través de normas específicas constituye el reconocimiento a lo específico de este tipo de sociedad, *vid.* ESPÍN SÁEZ, Maravillas, “Implicación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 236.

⁷⁴² Así se ha afirmado que el Reglamento encargado de disciplinar Las Sociedades Anónimas Europeas es sumamente respetuoso con las regulaciones nacionales, se limita a imponer un régimen común sobre la constitución de la sociedad, a ordenar algunos aspectos sobre su funcionamiento, disolución y liquidación, *vid.* GARRIDO PÉREZ, Eva, “La Sociedad Europea...”, *op. cit.*, p. 242.

⁷⁴³ Reglamento 2157/2001/CE, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (DOCE de 10 de noviembre de 2001, L294/1).

⁷⁴⁴ Directiva 2001/86/CE, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores (DOCE de 10 de noviembre de 2001, L294/22). El artículo 15 de la Directiva preveía que a más tardar el 8 de octubre de 2007, la Comisión, en consulta con los Estados miembros y los interlocutores sociales y nivel comunitario, revisaría las modalidades de aplicación de la presente Directiva, con el fin de proponer al Consejo, si fuere necesario, las modificaciones oportunas. Tras el oportuno análisis, a pesar de que se detectaron algunas necesidades de mejora, los Estados miembro y los agentes sociales europeos consideraron que la Directiva no requería de ninguna modificación ni aclaración. No obstante, teniendo en cuenta que la Directiva es complementaria al Reglamento y que el Reglamento debía reexaminarse a finales de 2009, la Comisión consideraría en ese momento la conveniencia de revisar tanto los instrumentos como el alcance de la Directiva, *vid.* Comunicación de la Comisión sobre el reexamen de la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, 30 de septiembre de 2008, COM(2008)591 final, p. 6.

⁷⁴⁵ Considerando §6 Reglamento 2157/2001/CE, de 8 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea. Al respecto, se ha afirmado que “la mayor originalidad de la Sociedad Anónima Europea reside en el reconocimiento de una nueva persona moral, absolutamente europea, con idéntica denominación en todos los países de la UE y que goza de un estatuto jurídico propio”. Al respecto, *vid.* PÉREZ

fomentan las concentraciones empresariales a escala europea⁷⁴⁶. Con ello, además, facilitan que las sociedades puedan ser más eficientes y eficaces al no quedar vinculadas por una disparidad de regímenes nacionales y por sus limitaciones territoriales, derivadas de las fronteras nacionales dentro de las que se puede aplicar el derecho nacional⁷⁴⁷. La aprobación de ambas normas, con tan importantes objetivos, tuvo que esperar más de treinta años y la elaboración de diversos proyectos⁷⁴⁸. El retraso en alcanzar el consenso suficiente entre los Estados miembros para poder aprobar estas normas, como se verá, es consecuencia de las heterogéneas normas nacionales sobre cogestión, que ya han sido descritas⁷⁴⁹.

Precisamente, el fraccionamiento de la normativa reguladora de la Sociedad Anónima Europea, en un instrumento mercantil y otro laboral⁷⁵⁰, también responde a la imposibilidad de alcanzar un diseño europeo común, especialmente en lo referido a la participación de los trabajadores⁷⁵¹. Aunque, como enseguida se señalará, existen otros aspectos conflictivos de naturaleza mercantil que tampoco han podido ser armonizados, por ello pueden encontrarse numerosas remisiones a las legislaciones

CAMPOS, Ana I., “Marco general del sistema...”, *op. cit.*, p. 39; DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F., “Procedimientos para constituir...”, *op. cit.*, p. 281.

⁷⁴⁶ Así, se ha afirmado que “la funcionalidad básica de la Sociedad Anónima Europea es la concentración y la colaboración transfronteriza entre empresas [...] de diferentes Estados miembros de la Unión Europea”, VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, “Características generales de la Sociedad Europea...”, *op. cit.*, p. 69.

⁷⁴⁷ Considerando §7 Reglamento 2157/2001/CE, de 8 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea.

⁷⁴⁸ La discusión sobre la conveniencia de crear una figura societaria común se plantea por primera vez en el debate público en el 57º congreso de Notarios y Registradores Franceses, celebrado en París en 1960. Más tarde, en 1966, la Comisión hace público un memorándum y comienza a trabajar en una propuesta de reglamento que ve la luz en 1970. Una descripción de esta primera propuesta puede encontrarse en GONZÁLEZ BEGEGA, Sergio y KÖLER, Holm-Detlev, “La Sociedad Anónima Europea...”, *op. cit.*, pp. 71-72. Para un análisis más exhaustivo *vid.* PÉREZ ESCOLAR, Rafael, *La Sociedad Anónima Europea*, Montecorvo, Madrid, 1972. Sobre los proyectos presentados en 1975 y 1989, *vid.* FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, “El Reglamento de la Sociedad...”, *op. cit.*, pp. 20-23. Al respecto también, ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, “Administración y control...”, *op. cit.*, pp. 526-527; VASQUEZ, Fernando, “La participación de los trabajadores...”, *op. cit.*, pp. 921-927.

⁷⁴⁹ DAVIGNON, Etienne, *et. al.*, “European systems of worker involvement...”, *op. cit.*, p. 1. Muy especialmente del sistema de gobierno de la sociedad, ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, “Administración y control...”, *op. cit.*, p. 526.

⁷⁵⁰ El fraccionamiento en dos instrumentos tan diferentes ha sido denominado como “peculiar conjunto normativo”, *vid.* CASAS BAAMONDE, María Emilia, “La implicación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 373.

⁷⁵¹ TEICHMANN, Christoph, “La Sociedad Anónima Europea: ¿Reforma o cambio de modelo?”, *op. cit.*, p. 68, 70.; TAVARES da COSTA, Carla y de MEESTER BILREIRO, Alexandra, *The European Company Statute*, Kluwer Law International, 2003, p. 73. Al respecto, se ha afirmado que: “la cuestión de la participación de los trabajadores no ha sido la única que ha frenado la evolución del proyecto de estatuto de la Sociedad europea, pero ha sido sin discusión alguna la más peliaguda de resolver”, *vid.* VASQUEZ, Fernando, “La participación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 916. La forma más flexible de la Directiva permite salvaguardar mejor las particularidades de los derechos sociales nacionales, CASAS BAAMONDE, María Emilia, “La implicación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 365.

nacionales⁷⁵², que obligan a aplicar conjuntamente el derecho nacional y el derecho europeo bajo el principio de subsidiariedad.

Debe tenerse en cuenta que Reglamento y Directiva están estrechamente relacionados y deben aplicarse de manera conjunta⁷⁵³, pero siguiendo cada instrumento, en principio, las pautas propias predicables de cualquier otro reglamento y directiva. En este sentido, la combinación del Reglamento y la Directiva permite beneficiarse del carácter obligatorio y vinculante del primero, junto con la flexibilidad y adaptabilidad de la segunda⁷⁵⁴. No obstante, no puede dejar de reconocerse que el contenido del Reglamento, dado el amplio margen de remisiones a las legislaciones nacionales que puede encontrarse en él, se aleja del contenido típico de un reglamento comunitario y se asemeja más al de una Directiva, al contrario que la Directiva, cuyo contenido normativo y la necesidad de coordinar las disposiciones sobre participación de los trabajadores de los Estados miembros la acerca más a lo que cabría esperar de un reglamento⁷⁵⁵.

La finalidad primordial del Reglamento 2157/2001 consiste en posibilitar que una sociedad funcione como un único operador jurídico –como resultado de una reestructuración, una concentración o una fusión– dentro del conjunto de los Estados miembros, gozando de un marco normativo común en todo el mercado comunitario. Por tanto, las sociedades dejarán de tener que preocuparse por adaptarse a las diferentes legislaciones nacionales y a sus modelos de gestión empresarial⁷⁵⁶, produciéndose con ello un ahorro de los costes derivados de operar en varios

⁷⁵² El Reglamento 2157/2001 contiene más de 65 remisiones al derecho nacional y da a los Estados miembros 22 opciones regulatorias específicas, *vid.* COMISIÓN EUROPEA, *Synthesis of the comments on the consultation document of the Internal Market and Services Directorate-General on the results of the study on the operation and the impacts of the statute for a European Company (SE)*, Julio, 2010, p. 12.

⁷⁵³ ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio, “Información, consulta y participación...”, *op. cit.*, p. 114. Se ha señalado que Directiva y Reglamento, junto con las legislaciones nacionales, que desarrollan ambas normas, y los acuerdos adoptados por las sujetos negociadores –representantes de la dirección empresarial y de los trabajadores– conforman un conjunto normativo de carácter híbrido o mixto que debe ser interpretado y aplicado de forma colectiva, *vid.* MONEREO PÉREZ, José Luis, *et al.*, *La participación de los trabajadores...*, *op. cit.* p. 70. Asimismo, el Considerando §19 Reglamento 2157/2001/CE, dispone que la Directiva 2001/86 “establece las normas relativas a la participación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea, y dichas disposiciones, por consiguiente, constituyen un complemento indisociable al presente Reglamento y deben aplicarse concomitantemente”.

⁷⁵⁴ *vid.* ORTIZ LALLANA, Carmen, “La participación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 249.

⁷⁵⁵ CASAS BAAMONDE, María Emilia, “La implicación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 366; CASAS BAAMONDE, María Emilia, “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida)” en ESTEBAN VELASCO, Gaudencio y FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis (Coords.), *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 1006. En similares términos, VICIANO PASTOR, Javier, “La Sociedad Anónima Europea...”, *op. cit.*, p. 41.

⁷⁵⁶ Se ha señalado como una de las contribuciones positivas de la Sociedad Anónima Europea que permite a las empresas reestructurarse de manera más ágil y simple en el nivel europeo. Así, por ejemplo, podrían transferir su sede estatutaria de un Estado a otro sin tener que disolver la sociedad, al respecto, GARRIDO PÉREZ, Eva, “La Sociedad Europea...”, *op. cit.*, p. 242.

ordenamientos jurídicos acomodando a los mismos la personalidad jurídica de la sociedad prestadora de servicios. En este sentido, puede afirmarse que la característica central de la Sociedad Anónima Europea es su vinculación directa con el ordenamiento europeo. Por ello, no se le reconoce la nacionalidad de ningún Estado miembro⁷⁵⁷.

No obstante, los efectos del pretendido marco unitario son más limitados de los que cabría esperar por influencia de las limitaciones derivadas del importante papel reservado a las legislaciones nacionales por el Reglamento 2157/2001. A las Sociedades Anónimas Europeas les será de aplicación primero el propio Reglamento comunitario y, en lo no previsto por este, subsidiariamente las regulaciones nacionales sobre sociedades. Esta peculiar forma, para un reglamento, de regular la creación de la Sociedad Anónima Europea, dejando enormes vacíos que deben ser satisfechos por las legislaciones nacionales en lugar de fijar un marco uniforme aplicable a todos los Estados, en la práctica ha impedido que despliegue un verdadero efecto transformador y armonizador de las estructuras societarias en Europa⁷⁵⁸, pues las lagunas –por ejemplo, en materia fiscal, competencia, concurso o propiedad intelectual– han debido ser solventadas por cada una de las legislaciones nacionales conforme a su propia tradición e interés⁷⁵⁹. La necesidad de intervención de las legislaciones nacionales hace que en realidad más que hablar de una Sociedad Anónima Europea debamos hablar de muchas Sociedades Anónimas Europeas, una por cada Derecho nacional⁷⁶⁰. Lo que, sin duda, plantea el riesgo de que en algún momento se produzca una incompatibilidad grave entre Reglamento y legislaciones nacionales⁷⁶¹. No obstante, por otra parte, tantas remisiones a los ordenamientos nacionales también pueden ser consideradas como una ventaja, pues facilita su

⁷⁵⁷ Ni siquiera la del Estado en el que se encuentre su domicilio social y que servirá como base en la que la Sociedad Anónima Europea deberá inscribir su constitución de cara a su posterior publicación en el DOCE, *vid.* GARRIDO PÉREZ, Eva, “La Sociedad Europea...”, *op. cit.*, p. 239.

⁷⁵⁸ A pesar de que la Sociedad anónima sea la forma societaria que presenta mayores puntos de comunes en los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembro, lo cierto es que aún así existen grandes diferencias, por ejemplo, en cuanto al capital mínimo para constituir la sociedad, el trato fiscal, el número mínimo de miembros, la participación de los trabajadores en la sociedad o la organización y gestión de la sociedad anónima, al respecto GARCÍA RIESTRA, Manuel, *La Sociedad Anónima Europea*, *op. cit.*, pp. 18-19.

⁷⁵⁹ En similares términos, GONZÁLEZ BEGEGA, Sergio y KÖLER, Holm-Detlev, “La Sociedad Anónima Europea...”, *op. cit.*, p. 74.

⁷⁶⁰ ARRIGO, Gianni, “La implicación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 27, sugiere como probable esta hipótesis de la existencia de diversas Sociedades Anónimas Europeas. Para GÓRRIZ LÓPEZ, Carlos, “La Sociedad Anónima Europea...”, *op. cit.*, p. 81, resulta evidente que la regulación de la Sociedad Anónima Europea varía parcialmente en función del Estado en que esté domiciliada.

⁷⁶¹ Sobre todo en aquellas remisiones al derecho nacional puro, que no ha sido previamente armonizado y que, por tanto, es susceptible de ser contrario al espíritu del Reglamento, *vid.* GARCÍA RIESTRA, Manuel, *La Sociedad Anónima Europea*, *op. cit.*, p. 55.

aplicación al ser normas sobradamente conocidas por los sujetos que intervienen en el tráfico jurídico⁷⁶².

La regulación de la participación de los trabajadores adolece de la misma problemática que la regulación societaria: el excesivo protagonismo de las legislaciones nacionales y la renuncia del legislador europeo a imponer un modelo único y homogéneo de participación de los trabajadores. Junto a la subsidiariedad de las normas europeas respecto de las normas nacionales, la Directiva también deja un amplísimo margen de actuación a los sujetos implicados en la negociación de las condiciones de representación de los trabajadores de la Sociedad Anónima Europea, hasta tal punto que se ha afirmado que la Directiva se puede asemejar más a un reglamento de coordinación de normas nacionales que a una Directiva homogeneizadora⁷⁶³.

Fraccionar la regulación de la Sociedad Anónima Europea entre aspectos mercantiles –realizada a través del Reglamento– de la normativa encargada de disciplinar la participación de los trabajadores –a través de la Directiva– ha permitido asegurar una mayor libertad de decisión a los Estados y a los agentes sociales a la hora de intervenir en la regulación de la participación de los trabajadores, facilitando la adaptación de la implicación de los trabajadores en a los diferentes modelos de participación en cada Estado miembro⁷⁶⁴. No obstante, quizá en este caso, por la propia naturaleza del instrumento jurídico que articula la representación de los trabajadores, tenga más sentido esa injerencia de las normas de transposición.

La Directiva remite a las legislaciones nacionales la resolución de cuestiones nucleares del desarrollo de la participación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea. Así, por ejemplo, los Estados miembros deberán determinar la forma de elegir o designar los miembros de la comisión negociadora y la decisión de si entre dichos miembros pueden o no figurar representantes sindicales (art. 3.2.b); fijarán las normas relativas a la financiación de la comisión negociadora, en particular podrán limitar la financiación a un solo experto (art. 3.7); podrán prever que las disposiciones de referencia sobre implicación de los trabajadores en los órganos de gestión de las Sociedades Anónimas Europeas no se apliquen en los supuestos de fusión (art. 7.3); también podrán contemplar que, en casos específicos, el órgano de control o de administración de o de una sociedad participante establecida en su territorio no estará obligado a comunicar a los representantes de los trabajadores información que, por su naturaleza, pudiera, según criterios objetivos, crear graves

⁷⁶² TEICHMANN, Christoph, “La Sociedad Anónima Europea: ¿Reforma o cambio de modelo?”, *op. cit.*, p. 92.

⁷⁶³ *Cfr.* TERRADILLOS ORMAETXEA, Edurne, “La participación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 1059.

⁷⁶⁴ MONEREO PÉREZ, José Luis, *et al.*, *La participación de los trabajadores...*, *op. cit.* p. 67; PÉREZ CAMPOS, Ana I., “Marco general del sistema...”, *op. cit.*, p. 33.

obstáculos al funcionamiento de la sociedad, o de sus filiales y establecimientos u ocasionar perjuicios a los mismos (art. 8.2); podrán establecer disposiciones especiales en favor de las Sociedades Anónimas Europeas establecidas en su territorio que persigan directa y sustancialmente un objetivo de orientación ideológica relativo a la información y a la expresión de opiniones (art. 8.3); adoptarán las medidas adecuadas, de conformidad con el Derecho comunitario, para evitar que se recurra de forma indebida a la constitución de una Sociedad Anónima Europea con el propósito de privar a los trabajadores de los derechos de implicación que ostentasen o de hacer los mismos ineficaces (art. 11); o, en último lugar, las legislaciones nacionales incluirán medidas adecuadas para el caso de incumplimiento de la presente Directiva, en particular, velarán por la existencia de procedimientos administrativos o judiciales que permitan la ejecución de las obligaciones derivadas de la presente Directiva (art. 12.2).

El amplio margen dejado a los Estados miembros, tanto en el régimen societario como en el de participación de los trabajadores, plantea lamentablemente el peligro de que las empresas escudriñen aquella legislación nacional más favorable a sus intereses y acudan a ella para constituir a su amparo⁷⁶⁵. Por tanto, se plantea el riesgo real de que la normativa comunitaria favorezca el *outsourcing* dentro de las fronteras comunitarias⁷⁶⁶. Tendremos la ocasión de volver sobre este problema más adelante y determinar si la descentralización elusiva se ha materializado en la puesta en marcha de las Sociedades Anónimas Europeas.

Asimismo, esta flexible regulación de la Sociedad Anónima Europea a través del principio de subsidiariedad, primando el nivel nacional respecto de la regulación comunitaria, que actúa como última defensa, dificulta que se produzca una convergencia entre las particularidades y filosofías nacionales en materia de participación de los trabajadores⁷⁶⁷. Ello reduce el provecho que podría derivarse de esta figura jurídica reequilibrando las relaciones de poder existentes en los contextos nacionales en las futuras Sociedades Anónimas Europeas⁷⁶⁸. No obstante, por otra parte, tantas remisiones a los ordenamientos nacionales también pueden ser consideradas como una ventaja, pues facilita su aplicación al ser normas sobradamente conocidas por los sujetos que intervienen en el tráfico jurídico⁷⁶⁹.

⁷⁶⁵ La alerta sobre el “foro shopping” ha sido realizada también por ARRIGO, Gianni, “La implicación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 27.

⁷⁶⁶ VASQUEZ, Fernando, “La participación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 920.

⁷⁶⁷ MONEREO PÉREZ, José Luis, *et al.*, *La participación de los trabajadores...*, *op. cit.* p. 81.

⁷⁶⁸ En similares términos, *ibidem*.

⁷⁶⁹ TEICHMANN, Christoph, “La Sociedad Anónima Europea: ¿Reforma o cambio de modelo?”, *op. cit.*, p. 92.

Pese a los peligros y conflictos señalados, articular la Sociedad Anónima Europea a partir de una regulación tan flexible no fue una opción arbitraria, pretendía facilitar la puesta en marcha de este tipo de sociedad en todos los Estados miembros. En este sentido, por ejemplo, recordemos que uno de los elementos más identificativos de los diferentes modelos nacionales, que hemos analizado, era la elección que estos regímenes normativos habían realizado respecto de los sistemas de administración y control de sus sociedades –sistema monista, dual o mixto–. La importancia que los Estados miembros otorgaban al sistema de gestión propio de su ordenamiento era tan elevada que suponía un obstáculo a la aprobación del marco jurídico común de la Sociedad Anónima Europea⁷⁷⁰. Por ello, para evitar que ningún Estado bloqueara la aprobación de la Sociedad Anónima Europea al percibir que su modelo era minusvalorado por la imposición de un sistema de administración que le fuera ajeno, el artículo 38 Reglamento 2157/2001 optó por configurar un sistema mixto, en el que puede elegir entre un sistema monista o dual. Esta previsión tendrá poca importancia en aquellos Estados que ya preveían un sistema mixto, como Francia, pero es revolucionaria en aquellos otros, como Alemania o España, en los que la normativa nacional solo contemplaba un régimen dual o monista, respectivamente⁷⁷¹. En cualquier caso, podemos avanzar en este momento que la elección entre un modelo dual o monista realizada por las Sociedades Anónimas Europeas no tendrá ninguna consecuencia en la implicación de los trabajadores, que participarán en los órganos de dirección o de control según corresponda⁷⁷².

La aprobación de un estatuto jurídico de la Sociedad Anónima Europea debía vencer, por tanto, un heterogéneo panorama regulatorio en los distintos Estados miembros de la Unión Europea, y no solo entre aquellos que contemplan, aun de modo diverso, la cogestión de los trabajadores, sino también, y fundamentalmente, entre estos y aquellos cuya tradición jurídica carece de costumbre al respecto. Esta diferencia radical motiva que la participación de los trabajadores en las sociedades sea percibida de forma distinta en cada Estado, de tal suerte que cada uno de esos bloques observaba con recelo los intentos europeos de establecer una regulación sobre la Sociedad Anónima Europea⁷⁷³.

⁷⁷⁰ ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, “Administración y control...”, *op. cit.*, p. 526.

⁷⁷¹ TEICHMANN, Christoph, “La Sociedad Anónima Europea: ¿Reforma o cambio de modelo?”, *op. cit.*, p. 85.

⁷⁷² Los trabajadores participarán en el Consejo de Dirección o en el Consejo de Control en función del modelo elegido por la Sociedad Anónima Europea para gestionar su actividad, CUENCA GARCÍA, Ángeles, “El órgano de administración...”, *op. cit.*, p. 291.

⁷⁷³ Los modelos de información, consulta y participación de los Estados miembros eran tan variados que durante 30 años constituyeron el principal escollo para aprobar la Sociedad Anónima Europea, *vid.* ORTIZ LALLANA, Carmen, “La participación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 248. El proceso de transposición de la Directiva 2001/86 seguido por los Estados miembros muestra las objeciones que la regulación de la Sociedad Anónima Europea generaba entre los mismos. Así, el 8 de octubre de 2004 –fecha en la que los Estados debían

Es habitual que los Estados con una menor tradición en la participación de los trabajadores en la gestión empresarial en sus relaciones laborales observen la participación de los mismos con recelo, mientras que aquellos otros con una costumbre más arraigada perciban dicha implicación de forma natural y no genere controversias⁷⁷⁴. Pero incluso en países como Alemania, con consolidada tradición sobre la implicación de los trabajadores, se han alzado algunas voces cuestionando las Sociedades Anónimas Europeas por suponer una vía oculta para debilitar los altos estándares de implicación alemanes⁷⁷⁵. A ello se añaden las habituales críticas del empresariado reivindicando que la participación de los trabajadores en las empresas no debe llegar nunca a poder invalidar o controlar decisiones del empleador, es decir, que en todo caso la última palabra la deberían tener los dueños de las sociedades, sus accionistas, y no sus trabajadores.

Como consecuencia de esas posiciones tan enfrentadas, la regulación de una figura societaria común en los Estados miembros de la Unión Europea estuvo paralizada durante más de treinta años, como ya se ha señalado, hasta que la aprobación del Reglamento 2157/2001 y la Directiva 2001/86 terminaron desbloqueando la situación. En realidad, buena parte de las dificultades para aprobar el estatuto de provenían del conflicto sobre la fórmula más adecuada para articular la representación de los intereses de los trabajadores de estas sociedades⁷⁷⁶. Los Estados miembros se encontraban divididos entre los que exigían que la norma fuera respetuosa con el pluralismo de las prácticas nacionales, aquellos Estados en los que la participación de los trabajadores descansaba en grados diversos de información y consulta, y los que exigían el obligado cumplimiento de la normativa comunitaria sobre participación de los trabajadores, aquellos otros en los que prevalece la

haber adoptado las disposiciones legales o convencionales oportunas para dar cumplimiento a la Directiva, art. 14 Directiva— únicamente seis de los veinticinco Estados miembros de la Unión Europea habían cumplido con el trámite correspondiente. Sobre esta precaria trasposición puede consultarse GARCÍA JIMÉNEZ, Manuel, “La implicación de los trabajadores...”, *op. cit.*, pp. 374-377.

⁷⁷⁴ Al respecto, *vid.* GARRIDO PÉREZ, Eva, “La Sociedad Europea...”, *op. cit.*, p. 241. En sentido coincidente se ha señalado que los Estados con modelos más avanzados de participación de los trabajadores, como Alemania, son temerosos de que las normas comunitarias sean utilizadas para dismantelar o eludir sus sistemas de participación, mientras que otros Estados, especialmente España, son reacios a la imposición de obligaciones y cargas más severas en materia de participación de los trabajadores, *vid.* MONEREO PÉREZ, José Luis, *et al.*, *La participación de los trabajadores...*, *op. cit.* p. 78.

⁷⁷⁵ STOLLT, Michael, KLUGE, Norbert, “The potential of employee...”, *op. cit.*, p. 184. Sin embargo, a pesar de los recelos que la Sociedad Anónima Europea puede despertar entre cierto sector de las relaciones laborales alemanas, recientes análisis parecen desmentir que la evasión de la regulación alemana sea una de las principales razones que mueven a las corporaciones alemanas en su decisión de transformarse en una Sociedad Anónima Europea, *vid.* KÖSTLER, Roland, “Europäische Aktiengesellschaften...”, *op. cit.*

⁷⁷⁶ En similares términos, se recuerda que desde los primeros borradores de los textos comunitarios se contenían alusiones a las distintas vías a través de las cuales los trabajadores podían participar en la gestión de la sociedad, *vid.* GARRIDO PÉREZ, Eva, “La Sociedad Europea...”, *op. cit.*, p. 233.

participación o sistemas similares⁷⁷⁷. Esas reticencias a la aprobación de la participación de los trabajadores a nivel europeo facilitó que se fueran aprobando normas con una participación de los trabajadores más tenues como, por ejemplo, la Directiva 94/45, ya analizada anteriormente⁷⁷⁸.

Para desbloquear las posiciones enconadas de los bloques enfrentados se constituyó en 1996 un grupo de expertos –conocido como grupo Davignon⁷⁷⁹–, que debía definir las condiciones aplicables a atendiendo a las diferentes realidades presentes en cada Estado miembro. Sobre las recomendaciones jurídico-técnicas efectuadas por los expertos en este informe se construye el régimen normativo aprobado finalmente por las instituciones comunitarias⁷⁸⁰. Así, el informe adelanta cuestiones finalmente incorporadas por la normativa comunitaria definitiva sobre implicación de los trabajadores en , tan importantes como lo relativo a la prioridad de la normativa europea sobre implicación de los trabajadores respecto de las normativas nacionales y de las previsiones, nacionales y comunitarias, sobre información y consulta transnacional de los trabajadores⁷⁸¹; el protagonismo central de la negociación entre las partes y solo el recurso a la normativa supletoria en defecto de acuerdo entre las mismas⁷⁸²; o, finalmente, la necesidad de garantizar que la implicación de los trabajadores a través de respete los derechos de implicación que los trabajadores

⁷⁷⁷ *vid.* Dictamen del CESE sobre “el Estatuto de la sociedad anónima europea” aprobado por el Pleno el de 11 de diciembre de 1997, (C129/1, DOCE de 27 de abril de 1998), p. 3.

⁷⁷⁸ La Directiva 94/45 y la 2001/86 comparten ciertas similitudes como la vocación de regular una relaciones jurídicas transnacionales o el amplísimo margen que confieren a la negociación colectiva, hasta el punto que se ha señalado que la Directiva 94/45 es la fuente de inspiración de la Directiva 2001/86, ORTIZ LALLANA, Carmen, “La participación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 254. De forma coincidente, se ha señalado que tanto la estructura como el contenido de las Directivas 94/45 y 2001/86 muestran un gran paralelismo MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz y VELASCO PORTERO, Teresa, “La implicación de los...”, *op. cit.*, p. 387. Existe una mutua influencia entre las Directivas 94/45 y 2009/38 y la Directiva 2001/86, *vid.* JAGODZINSKI, Romuald, “The EWC directives...”, *op. cit.*, p. 277. TORRENTS MARGALEF, Jorge, “Los comités de empresa europeos...”, *op. cit.*, p. 213.

⁷⁷⁹ El grupo de expertos comenzó sus trabajos en noviembre de 1996 y los terminó en abril de 1997 bajo la presidencia de Etienne Davignon, Presidente de la *Société Générale de Belgique* y exvicepresidente de la Comisión Europea. Además, forman parte del grupo representantes sindicales, (Ernst Breit, expresidente de la confederación Alemana de sindicatos, DGB, y de la Confederación europea de sindicatos), patronales (Rolf Thüsing, miembro del Consejo Ejecutivo de la Confederación Alemana de Asociaciones de Empleadores, BDA, y Vicepresidente de la comisión de asuntos sociales de UNICE) y expertos independientes (Evelyne Pichot, consultara en relaciones laborales europeas; Profesora Silvana Sciarra, especilista en Derecho del Trabajo Europeo y Comparado en la Universidad de Florencia y en el Instituto Europeo Florencia; Profesor Alain Viandier, Especialista en Derecho Mercantil en la Universidad Paris V). La comisión centró sus debate en dilas siguientes cuestiones: el procedimiento a adoptar en la búsqueda de una solución; sistemas nacionales de participación e implicación de los trabajadores; estructuras empresariales y acercamiento a la creación de sociedades europeas; las negociaciones y su organización; los problemas que plantea la creación de una sociedad europea en diferentes casos; las posibles soluciones a los problemas planteados.

⁷⁸⁰ *vid.* ORTIZ LALLANA, Carmen, “La participación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 224-225; MONEREO PÉREZ, José Luis, *et al.*, *La participación de los trabajadores...*, *op. cit.* p. 66.

⁷⁸¹ DAVIGNON, Etienne, *et. al.*, “European systems of worker involvement...”, *op. cit.*, p. 5.

⁷⁸² *Ibidem* p.7.

previamente ostentaban en las empresas que dan lugar a la Sociedad Anónima Europea⁷⁸³.

a.1. La implantación de la Sociedad Anónima Europea en las economías comunitarias: ¿un éxito o una oportunidad desaprovechada?

En la actualidad existen 2.453 Sociedad Anónima Europea activas, según la base de datos del Instituto Sindical Europeo (ETUI)⁷⁸⁴. Tras más de catorce años desde que se aprobó en el seno de la Unión Europea la normativa que da cobertura jurídica a las Sociedades Anónimas Europeas, el análisis cuantitativo general de los datos podría llevar al observador menos especializado a especular que la implantación de Las Sociedades Anónimas Europeas ha sido un éxito en las economías comunitarias. Sin embargo, los datos agregados encubren que la implantación de ha ido muy dispar. De las 2.453 empresas, más del 84% se concentran en dos únicos Estados: República Checa y Alemania, con 1.723 y 362 empresas respectivamente⁷⁸⁵, y solo tres Estados, además de los dos anteriores, superan las 30 Sociedad Anónima Europea constituidas (Eslovaquia, Reino Unido y los Países Bajos). Por tanto, la concentración de sociedades anónimas europeas en estos dos países, República Checa y Alemania, condena a la marginalidad a esta figura societaria en el resto de Estados miembro, especialmente en el sur de Europa, donde la implantación de es prácticamente anecdótica⁷⁸⁶.

⁷⁸³ *Ibidem* p.4.

⁷⁸⁴ La base de datos del ETUI (en adelante ECDB) sobre Sociedad Anónima Europea puede consultarse en el siguiente enlace: <http://ecdb.worker-participation.eu> (última consulta: 20 de noviembre de 2015).

⁷⁸⁵ Más del 70% de Las Sociedades Anónimas Europeas se encuentran domiciliadas en la República Checa, sin duda, que la 18ª economía de la Unión por PIB per cápita en PPS, según datos de Eurostat (<http://ec.europa.eu/eurostat/tgm/graph.do?tab=graph&plugin=1&pcode=tec00114&language=en&toolbox=data>, última consulta noviembre 2015) concentre tal cantidad de sociedades requiere de algunas precisiones. Se ha afirmado que el éxito de la Sociedad Anónima Europea en este Estado puede venir motivado por razones organizativas, la transformación permite reducir la presencia de trabajadores en los órganos de control y supervisión de la Sociedad Anónima Europea y que las sociedades puedan elegir entre un sistema monista o dual, en lugar del sistema obligatorio dual que rige para las sociedades sometidas exclusivamente a la normativa checa. Asimismo, también han favorecido que las sociedades se decanten por la constitución de Sociedades Anónimas Europeas el tratar de transmitir una imagen europea y motivos tributarios, *vid.* ERNST & YOUNG CONSULTING, *Study on the operation...*, *op. cit.*, pp. 129-131. Estudios exhaustivos posteriores han confirmado que los motivos más importantes por los que las sociedades checas han optado por su transformación en Sociedades Anónimas Europeas han sido la simplificación de su estructura, la imagen que proyecta la Sociedad Anónima Europea y la movilidad corporativa, *vid.* EIDENMÜLLER, Horst, LASÁK, Jan, "The Czech Societas...", *op. cit.*, p. 10.

⁷⁸⁶ A mucha distancia de la República Checa y de Alemania se encuentran: Eslovaquia con 110; Reino Unido con 53; Francia con 34; Países Bajos con 33; Luxemburgo con 26; Austria con 18; Chipre con 17; Irlanda con 10; Liechtenstein con 9; Bélgica con 8; Estonia y Malta con 7; Letonia, Hungría y Suecia con 5; Noruega y España con 4; Polonia y Dinamarca con 3; Italia y Lituania con 2; Portugal, Bulgaria, y Finlandia con 1; finalmente, en Grecia, Rumania, Eslovenia y Croacia, de momento, no se encuentran domiciliadas ninguna sociedad, *vid.* ECDB ETUI, <http://ecdb.worker-participation.eu>, consulta: noviembre 2015.

El análisis cualitativo de los resultados no ofrece un resultado más optimista. A pesar de las aparentes ventajas de constituir una sociedad al amparo del derecho comunitario, las sociedades más importantes en Europa han optado por no acogerse al régimen de las Sociedades Anónimas Europeas y, debido a su presencia transnacional, se han decantado mayoritariamente por articular la representación de sus trabajadores a través de los Comités de Empresa Europeos⁷⁸⁷. Basta examinar las bases de datos existentes sobre Sociedad Anónima Europea y Comités de Empresa Europeos para apreciar que las empresas referentes en sus respectivos sectores productivos no han transformado su personalidad jurídica para acogerse al régimen previsto en el Reglamento 2157/2001 y en la Directiva 2001/86, sino que han constituido Comités de Empresa Europeos. En muchos casos, además, las empresas con un órgano de representación al amparo de la Directiva 2009/38 han optado por dotarse de un “código de conducta”, un instrumento mucho más flexible para gobernar la empresa que la participación de los trabajadores en los órganos de dirección empresarial⁷⁸⁸. Asimismo, son absolutamente minoritarias las empresas que han sustituido un comité de empresa vigente para acogerse a los procedimientos de información y consulta previstos en la legislación sobre la Sociedad Anónima Europea, solo 27 empresas de las 2466 Sociedades Anónimas Europeas registradas por la ECDB han llevado el cambio de modelo de representación de sus trabajadores⁷⁸⁹.

Asimismo, aquellas sociedades que sí se han decantado por formalizar su conversión en Sociedades Anónimas Europeas, no siempre han optado por constituir una sociedad plenamente operativamente. La base de datos del ETUI sobre Sociedad Anónima Europea (ECDB) contiene una interesante clasificación de las Sociedades Anónimas Europeas activas. La ECDB distingue entre Sociedades Anónimas Europeas normales, con actividad y más de cinco empleados; Sociedades Anónimas Europeas vacías/micro⁷⁹⁰, con cinco trabajadores o menos, incluso ninguno, pero con actividad, por ejemplo, la gestión de activos; y, finalmente, las Sociedades Anónimas Europeas ovni, aquellas compañías respecto de las cuales no hay información

⁷⁸⁷ El ETUI elabora una base de datos sobre Sociedad Anónima Europea (<http://ecdb.worker-participation.eu>) y otra sobre empresas con Comité de Empresa Europeo (http://www.CEEdb.eu/search_results_CEE.php).

⁷⁸⁸ LANDA ZAPIRAIN, Juan Pablo, “Las nuevas formas de participación...”, *op. cit.*, p. 668.

⁷⁸⁹ *vid.* <http://ecdb.worker-participation.eu> (Última consulta el 15 de diciembre de 2015). Sobre las diferencias entre los Comités de Empresa Europeos y los comités de empresa constituidos en la Sociedad Anónima Europea *vid.* apartado Capítulo 1.III.1.c.5.1 La representación de los trabajadores a través del Comité de Empresa de la S.

⁷⁹⁰ En ocasiones se ha identificado una categoría de Sociedad Anónima Europea intermedia entre Las Sociedades Anónimas Europeas vacías y Las Sociedades Anónimas Europeas ovni, Las Sociedades Anónimas Europeas plataforma, sociedades sin operaciones y sin empleados, creadas por consultorías para su posterior comercialización a otras empresas, *vid.* GONZÁLEZ BEGEGA, Sergio y KÖLER, Holm-Detlev, “¿Fuegos de artificio?...”, *op. cit.*, p. 5.

disponible suficiente, especialmente en cuanto al número de trabajadores, para situarlas en alguna de las categorías anteriores⁷⁹¹.

Según los últimos datos estadísticos detallados disponibles desglosados por categorías y países de procedencia de las Sociedades Anónimas Europeas, llama poderosamente la atención que el colectivo más numeroso de sociedades sea el de Sociedades Anónimas Europeas ovni que a nivel global suponen más del 71% de las sociedades constituidas, siendo también muy numeroso en los Estados con mayor número de Sociedades Anónimas Europeas inscritas, en la República Checa las Sociedades Anónimas Europeas ovni suponen el 84% de las sociedades y en Alemania el 23%. La diferencia con las Sociedades Anónimas Europeas normales se acrecienta aún más si añadimos a las Sociedades Anónimas Europeas ovni las vacías/micro. La suma de ambas categorías representa más del 86% de las sociedades constituidas a nivel global, confinando el porcentaje de Sociedades Europeas normales a un minoritario 13'6%. Nuevamente, los porcentajes también son muy elevados en los dos Estados con mayor número de Sociedades Anónimas Europeas: República Checa con el 95% y Alemania con el 52%⁷⁹². Los datos adelantados para el año 2015, aunque no están desglosados por Estados, no hacen suponer que se haya revertido la importancia de las Sociedades Anónimas Europeas ovni y vacías/micro. En primer lugar, porque desde la última actualización hasta la actualidad solo se han constituido 328 nuevas Sociedades Anónimas Europeas, lo que no ha variado trascendentalmente la muestra de empresas a estudiar 2488 Sociedades Anónimas Europeas en total. En segundo lugar, porque la evolución histórica de este tipo de sociedades indica justo la tendencia inversa. Es decir, que las Sociedades Anónimas Europeas ovni y micro/vacías han ido ganando relevancia con el paso de los años⁷⁹³.

⁷⁹¹ Desde el año 2012 la ECDB agrupa las categorías de Sociedad Anónima Europea ovnis y durmientes, aquellas sociedades sin actividad y sin trabajadores, porque normalmente si una Sociedad Anónima Europea era activada o vendida solía crearse una nueva Sociedad Anónima Europea y extinguirse la sociedad durmiente. Además, era sumamente difícil diferenciar entre aquellas sociedades durmientes y aquellas sociedades sin actividad, lo que generaba confusión en la determinación de las categorías. En el año 2012 también se fusionó las categorías de Sociedades Anónimas Europeas vacías, con actividad y 0 trabajadores, y micro, con actividad y de 1 a 5 trabajadores, porque la línea entre ambas figura no era clara, porque unos pocos empleados puede significar el personal directivo de la sociedad que pueden incluso ser a la vez los propietarios de la sociedad, *vid.* KELEMEN, Melinda, "News on European Companies (SE)", 1 junio 2012, ETUI, http://ecdb.worker-participation.eu/documents/uploads/n_news_on_se_01.06.2012.pdf, pp. 1-2.

⁷⁹² Realidad compartida por la práctica totalidad de los Estados miembro: Eslovaquia 92 (ovni:69; micro/vacías:19; normales:4), UK tenía en total 61 sociedades constituidas (ovni:45; micro/vacías:11; normales:5), Países Bajos 33 (ovni:8; micro/vacías:12; normales:13), Luxemburgo 27 (ovni:8; micro/vacías:10; normales:9), Austria 19 (ovni:0; micro/vacías:9; normales:10), Chipre 14 (ovni:4; micro/vacías:4; normales:6). El resto de Estados tienen solo 10 o menos Sociedades Anónimas Europeas constituidas, sus datos específicos pueden consultarse en KELEMEN, Melinda, STOLLT, Michael y CARLSON, Anders, "News on European Companies (SE)", abril 2014, ETUI, http://ecdb.worker-participation.eu/documents/uploads/n_news-on-ses-31-03-2014-final_.pdf, p. 12.

⁷⁹³ Las Sociedades Anónimas Europeas ovni representaban en el año 2011 el 54% de Las Sociedades Anónimas Europeas constituidas, en el año 2012 el 64% y en el año 2014, como se ha señalado, el 71%. La suma de

El 67% del total de las Sociedades Anónimas Europeas constituidas en todos los Estados miembro son sociedades vacías u ovni domiciliadas en la República Checa. Un porcentaje tan elevado de sociedades de estas características necesita de alguna explicación. Al respecto, se ha señalado que este tipo de sociedades son realmente sociedades “dormidas”, sin ningún tipo de actividad⁷⁹⁴, que han sido creadas por consultorías especializadas únicamente con fines comerciales, para su posterior traslado a otros Estados⁷⁹⁵. Sin embargo, parece que la evidencia empírica demuestra que la verdadera razón del número anormalmente alto de constituciones de Sociedades Anónimas Europeas en la República Checa tiene más que ver con la posibilidad de flexibilizar el régimen de implicación de los trabajadores previsto por el derecho nacional checo a través del régimen jurídico de las Sociedades Anónimas Europeas⁷⁹⁶, que con las posibilidades de su comercialización y traslado internacional⁷⁹⁷. Por tanto, aunque la normativa comunitaria no ha conjurado el

Las Sociedades Anónimas Europeas ovni y Las Sociedades Anónimas Europeas micro/vacías suponían en el año 2011 el 80%, en el año 2012 el 83% y en el año 2014 el 86%, *vid.* KELEMEN, Melinda, “News on European Companies (SE)”, diciembre 2011, ETUI, http://ecdb.worker-participation.eu/documents/uploads/n_latest_news_on_european_companies_01_12_2011.pdf, p. 9 y KELEMEN, Melinda, “News on European Companies (SE)”, 1 junio 2012, ETUI, http://ecdb.worker-participation.eu/documents/uploads/n_news_on_se_01.06.2012.pdf, p. 10. No obstante, según datos adelantados todavía no hechos públicos por el ETUI en el año 2015 puede observarse un ligero cambio en esa tendencia. A fecha 4 de diciembre de 2015 Las Sociedades Anónimas Europeas ovni representan el 69’91%, lo que supone por primera vez en años una reducción del porcentaje de Sociedades Anónimas Europeas ovni. Además, la suma de Sociedades Anónimas Europeas ovni y Sociedades Anónimas Europeas micro/vacías también se ve reducida en 1’3 puntos, pasando a representar el 84’7% del total de Se constituidas. Tan escaso margen de diferencia no permiten constatar un cambio de tendencia, pero quizá sí apunten a que Las Sociedades Anónimas Europeas ovni y Las Sociedades Anónimas Europeas vacías/micro han alcanzado el techo de su expansión. Los próximos años serán clave en confirmar o desmentir esta hipótesis.

⁷⁹⁴ Sociedades dormidas que, tras un periodo de inactividad tras su constitución, que suele ser de seis meses a un año, son puestas en funcionamiento, *vid.* CREMERS, Jan y CARLSON, Anders, “SEs in the Czech Republic”, *op. cit.*, p. 110.

⁷⁹⁵ GONZÁLEZ BEGEGA, Sergio y KÖLER, Holm-Detlev, “¿Fuegos de artificio?...”, *op. cit.*, p. 6, REHFELDT, Udo, VOSS, Eckhard, PULIGNANO, Valeria, et al., *Employee involvement...*, *op. cit.*, p. 32.

⁷⁹⁶ Las sociedades checas que opten por su transformación en Sociedades Anónimas Europeas pueden elegir de manera flexible su sistema de organización empresarial entre un sistema dual o un sistema monista sin que la legislación checa haya determinado un número de miembros mínimo o máximo, como le permitía el artículo 39.4 Reglamento 2157/2001. Por tanto, serán los Estatutos de la sociedad los encargados de fijar la composición de los órganos de dirección empresarial. Por el contrario, las sociedades checas sometidas exclusivamente a su legislación nacional quedarán vinculadas obligatoriamente por un sistema dual en el que la sociedad siempre deberá estar formada, al menos, por tres representantes, siendo elegido por los trabajadores un tercio de los miembros del órgano de supervisión, *vid.* EIDENMÜLLER, Horst, LASÁK, Jan, “The Czech Societas...”, *op. cit.*, p. 7 y artículos 194.3 y 200.1 del Código de Comercio Checo (Ley de la República Checa 513/1991). Asimismo, se ha puesto de manifiesto que el derecho checo prevé unos umbrales muy bajos para desencadenar la obligatoriedad de la participación de los trabajadores en los órganos de gestión, ello probablemente pueda incitar a las empresas a su transformación en Sociedades Anónimas Europeas para evitar la legislación nacional, *vid.* STOLLT, Michael, KLUGE, Norbert, “The potential of employee...”, *op. cit.*, p. 185. También destacando el papel de la Sociedades Anónimas Europeas como alternativa a la constitución de sociedades bajo el amparo del derecho checo, *vid.* CREMERS, Jan y CARLSON, Anders, “SEs in the Czech Republic”, *op. cit.*, p. 120.

⁷⁹⁷ Solo algunas muy pocas sociedades checas han sido trasladadas a otros Estados, *vid.* EIDENMÜLLER, Horst, LASÁK, Jan, “The Czech Societas...”, *op. cit.*, pp. 12-13.

riesgo, parece que el patrón de conducta de las sociedades europeas aleja el temor a que se produzca un fenómeno de competencia desleal dentro de las fronteras comunitarias, o “*race to the bottom*”⁷⁹⁸, mediante el cual las empresas buscan y constituyan las Sociedades Anónimas Europeas al amparo de los ordenamientos con niveles de protección más bajos, riesgo sobre el que ya habíamos alertado.

A pesar de que en Alemania las Sociedades Anónimas Europeas ovni y vacías/micro suponen un nada despreciable 23%, lo cierto es que el porcentaje de sociedades normales, aquellas con más de 5 trabajadores y actividad, es notablemente destacado respecto del resto de ordenamientos. Así, puede observarse que la gran mayoría de Las Sociedades Anónimas Europeas normales se sitúan en Alemania, en concreto el 47% del total de las Sociedades Anónimas Europeas normales⁷⁹⁹. La inspiración del modelo de implicación europeo en la tradición germana junto con la alta penetración de los derechos de participación de los trabajadores en las empresas alemanas probablemente permiten entender por qué casi la mitad de las Sociedades Anónimas Europeas se concentran en este país⁸⁰⁰. No obstante, la fuerte implantación de las Sociedades Anónimas Europeas en Alemania también podría ser un mecanismo de huida de las sociedades alemanas de las estrictas normas nacionales sobre participación de los trabajadores y sobre gestión de las sociedades, por ejemplo, buscando la flexibilidad del modelo monista frente al dual⁸⁰¹.

No hay una unanimidad ni certezas en la determinación de las causas de la implantación dispar de las Sociedades Anónimas Europeas en los Estados miembros, probablemente porque no es posible determinar una única causa trasladable a todos los ordenamientos y tradiciones jurídicas que explique todos los motivos que llevan a las sociedades a decidir su transformación en una Sociedad Anónima Europea. Una de las razones principales habitualmente esgrimidas ha sido que los Estados con

⁷⁹⁸ La alerta de esta competición entre legislaciones puede terminar derivando en una *race to the bottom* en materia de implicación de trabajadores es compartida por MONEREO PÉREZ, José Luis, *et al.*, *La participación de los trabajadores...*, *op. cit.* p. 75. Se ha señalado que en un intento de evitar este perverso efecto de competición entre legislaciones de Estados miembro el reglamento comunitario contempla que la Sociedad Anónima Europea debe registrarse en el mismo Estado en el que esta tenga sus oficinas centrales, *vid.* LINMONDIN, Karol, “The European Company...”, *op. cit.*, p. 163. No obstante, la efectividad de esta medida es ciertamente limitada porque la compañía que desee evadir el régimen muy probablemente estará dispuesta a asumir los costes de modificar su domicilio social para someterse a una legislación que, ilegítimamente, entienda más beneficiosa para sus intereses. Además, no olvidemos que el artículo 8 del Reglamento contempla la posibilidad de que en todo momento la Sociedad Anónima Europea pueda trasladar su domicilio social.

⁷⁹⁹ En abril de 2014 había en total 289 Sociedades Anónimas Europeas activas normales de las que 138 se concentraban situadas en Alemania, *vid.* KELEMEN, Melinda, STOLLT, Michael y CARLSON, Anders, “News on European Companies (SE)”, *op. cit.*, p. 12.

⁸⁰⁰ En similares términos, *vid.* GONZÁLEZ BEGEGA, Sergio y KÖLER, Holm-Detlev, “La Sociedad Anónima Europea...”, *op. cit.*, p. 81.

⁸⁰¹ TEICHMANN, Christoph, “La Sociedad Anónima Europea: ¿Reforma o cambio de modelo?”, *op. cit.*, p. 87.

legislaciones que reconocen participaciones más amplias de los trabajadores en la gestión empresarial suelen coincidir con los Estados con mayor número de Sociedades Anónimas Europeas⁸⁰². También parecen ser significativos en la formación de la voluntad de la dirección empresarial los costes asociados a las transformaciones en Sociedades Anónimas Europeas y, por tanto, la presencia de estas sociedades es menor en aquellos Estados cuyas empresas suelen tener un tamaño medio o pequeño, porque a menor tamaño societario mayores son los costes proporcionales que deben asumir las sociedades para acometer la transformación⁸⁰³. Otro elemento que puede motivar que las sociedades se decanten por someterse a la regulación derivada del Reglamento 2157/2001 es el deseo de las empresas de exteriorizar su vocación europea⁸⁰⁴. Sin olvidar que las empresas también pueden iniciar su transformación en Sociedad Anónima Europea para potenciar su internacionalización, simplificando los procesos de fusiones internacionales⁸⁰⁵, obteniendo con ello estructuras más delgadas⁸⁰⁶, o para facilitar los trámites para trasladar su domicilio social pues la mayoría de los Estados miembros no permiten a las sociedades creadas bajo sus legislaciones nacionales trasladar su domicilio social

⁸⁰² En este sentido, se ha afirmado que los agentes sociales (las comisiones negociadoras y las direcciones empresariales) de los Estados con sistemas de codeterminación a nivel nacional están más habituados a entablar negociaciones para incorporar representantes de los trabajadores a los órganos de gestión. Además, la tradición nacional de que los trabajadores participen en la gestión de sus empresas hace que los empleadores de estos Estados vean con menores reticencias la implicación de los trabajadores en Las Sociedades Anónimas Europeas. Un análisis de esta variable puede consultarse en ERNST & YOUNG CONSULTING, *Study on the operation...*, *op. cit.*, pp. 244-247.

⁸⁰³ ERNST & YOUNG CONSULTING, *Study on the operation...*, *op. cit.*, p. 250. En este sentido, la patronal española estima que el bajo nivel de implantación de la Sociedad Anónima Europea en España es debido a la carencia de incentivos fiscales o tributarios que pudieran compensar a las compañías iniciar un proceso, en su opinión, excesivamente complejo, *vid.* GONZÁLEZ BEGEGA, Sergio y KÖLER, Holm-Detlev, “¿Fuegos de artificio?...”, *op. cit.*, p. 9.

⁸⁰⁴ El impacto y la importancia que la exteriorización de una imagen europea por parte de la Sociedad Anónima Europea que se va a constituir es mayor en Europa del Este, esto podría explicar el éxito de la Sociedad Anónima Europea en la República Checa y en Eslovaquia, *vid.* ERNST & YOUNG CONSULTING, *Study on the operation...*, *op. cit.*, p. 210.

⁸⁰⁵ Así, por ejemplo, La compañía austriaca Strabag trasladó a los representantes de sus trabajadores su deseo de ser la primera Sociedad Anónima Europea en registrarse una vez fuera aprobada definitivamente la normativa europea. No obstante, por problemas durante las negociaciones no consiguieron inscribir la sociedad hasta el 12 de octubre de 2010. En su lugar, el propio día de entrada en vigor de la normativa, el 8 de octubre de 2010, las primeras compañías en inscribirse formalmente como Sociedades Anónimas Europeas fueron las compañías holandesas Intertrust Corporate Services Sociedad Anónima Europea y SCS Europe Sociedad Anónima Europea. Por otra parte, la empresa Allianz optó por transformar su estructura societaria en una Sociedad Anónima Europea para unificar su matriz alemana y una empresa filial italiana, ahorrándose con ello el complejo, lento y costoso proceso de una fusión internacional, *vid.* REHFELDT, Udo, VOSS, Eckhard, PULIGNANO, Valeria, et al., *Employee involvement...*, *op. cit.*, pp. 35-36.

⁸⁰⁶ REHFELDT, Udo, VOSS, Eckhard, PULIGNANO, Valeria, et al., *Employee involvement...*, *op. cit.*, p. 65.

sin liquidar previamente la sociedad, mientras sí puede hacerlo libremente dentro de las fronteras comunitarias⁸⁰⁷.

Aunque también se sugirió como medio para explicar el número de Sociedades Anónimas Europeas constituidas la influencia del sistema de gobierno de las sociedades –los sistemas duales, en teoría, presentaban una mayor presencia de este tipo de sociedades⁸⁰⁸–, parece que en la actualidad esta variable no permite explicar el distinto nivel de implicación de las Sociedades Anónimas Europeas en los Estados miembros, pues aunque entre los cinco países con mayor número de sociedades siguen siendo mayoría aquellos con sistemas duales, podemos encontrar uno con sistema monista, Reino Unido, y otro con sistema mixto, Francia. De igual forma, no existen indicios que permitan sostener que los costes derivados de la implicación de los trabajadores son una de las razones que obstaculizan la implantación de las Sociedades Anónimas Europeas⁸⁰⁹, a pesar de que de forma reiterada –sobre todo desde las organizaciones empresariales– se suelen señalar como una de las razones por las que la implantación de las Sociedades Anónimas Europeas no han gozado del éxito, al menos, del que cabría esperar de una figura que viene a simplificar la actividad de las empresas de dimensión comunitaria en la Unión Europea.

b. La caracterización del proceso de constitución de la Sociedad Anónima Europea

Ya hemos manifestado que la creación de una Sociedad Anónima Europea puede verse impulsada por diferentes razones, entre las que destacan: el deseo de la sociedad de exteriorizar una vocación europea, facilitar las fusiones transnacionales y la simplificación de las estructuras productivas, reducir los exigencias para modificar el domicilio social o hacer coincidir la unidad económica con la realidad jurídica. Estas variables influirán en la configuración de la voluntad de las sociedades nacionales para convertir su personalidad jurídica nacional en una compañía de dimensión europea, en las características concretas de constituida y en el modelo de implicación de sus trabajadores.

En primer lugar, el inicio del proceso de transformación se rige por el principio de voluntariedad. Es decir, corresponde a la dirección empresarial de la sociedad nacional la libre decisión de su transformación en una Sociedad Anónima Europea,

⁸⁰⁷ TEICHMANN, Christoph, “La Sociedad Anónima Europea: ¿Reforma o cambio de modelo?”, *op. cit.*, p. 75. Sobre la trascendencia del domicilio social en la Sociedad Anónima Europea, *vid.* PALAO MORENO, Guillermo, “El domicilio social de la Sociedad...”, *op. cit.*, pp. 68-71.

⁸⁰⁸ ERNST & YOUNG CONSULTING, *Study on the operation...*, *op. cit.*, p. 249. Los sistemas duales son aquellos en los que las empresas se rigen por dos órganos de dirección, uno de gestión y otro de supervisión. Los sistemas monistas, por el contrario, permiten gestionar las sociedades a través de un único órgano.

⁸⁰⁹ STOLLT, Michael, KLUGE, Norbert, “The potential of employee...”, *op. cit.*, p. 189.

cuyo capital estará dividido en acciones⁸¹⁰, siendo los socios responsables hasta el límite del capital que haya sido suscrito. Para ello, deberá cumplir con lo dispuesto por el Reglamento 2157/2001 y por la legislación nacional del Estado en el que vaya a fijar su domicilio, según dispone el art. 15 Reglamento 2157/2001. En este sentido, la constitución de una Sociedad Anónima Europea necesariamente se articula sobre una personalidad jurídica preexistente, constituida con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, que tenga su domicilio social y su administración central en la Comunidad, la necesaria articulación de la constitución de la sociedad a partir de otra ha llevado a calificar a esta institución como sociedad de segundo grado o derivada⁸¹¹.

La constitución de la Sociedad Anónima Europea está limitada, además, por el tipo de sociedad que puede iniciar el procedimiento. Esta limitación subjetiva empresarial para promover la constitución de varía en función de la fórmula elegida para constituir la Sociedad Anónima Europea. Como enseguida se señalará, puede constituirse a partir de diferentes fórmulas –fusión, holding, filial o transformación–. Aunque la participación en todas ellas está limitada a las empresas sometidas a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, en algunos supuestos la limitación de tipos societarios es más restrictiva que en otros, así mientras que en las fusiones solo se acepta la participación de sociedades anónimas constituidas previamente, en las transformaciones o en la creación de una Sociedad Anónima Europea holding se admite tanto la participación de sociedades anónimas como de sociedades de responsabilidad limitada⁸¹².

Por tanto, los impulsores de la constitución de una Sociedad Anónima Europea y responsables de entablar las negociaciones conducentes a implantar un sistema de implicación de los trabajadores en estas empresas no podrán ser personas físicas, sino sociedades anónimas constituidas conforme a las legislaciones nacionales de los Estados miembro en el caso de la constitución de una Sociedad Anónima Europea por fusión o por transformación; en la constitución de una Sociedad Anónima Europea holding podrán participar sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada, y en la constitución de una Sociedad Anónima Europea

⁸¹⁰ El capital suscrito no podrá ser inferior a 120.000€ (art. 4.2 Reglamento), muy lejos de los 500.000 Ecus que contemplaban los primeros borradores de regulación de Sociedad Anónima Europea, una reducción tan sustanciosa podría reflejar la apuesta del legislador europeo por Sociedades Anónimas Europeas de tamaño pequeño y mediano en lugar de Sociedades Anónimas Europeas de grandes dimensiones, *vid.* LINMONDIN, Karol, “The European Company...”, *op. cit.*, p. 161. Esta corrección del capital mínimo a suscribir aumenta evidentemente el número de organizaciones que podrían estar interesadas en esta figura societaria.

⁸¹¹ *vid.* VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, “Características generales de la Sociedad Europea...”, *op. cit.*, p. 71

⁸¹² La limitación de las SL para participar solo en la constitución de una Sociedad Anónima Europea holding no parece sustentarse en ninguna razón objetiva, *vid.* ALONSO LEDESMA, Carmen, “La constitución de la Sociedad Anónima...”, *op. cit.*, p. 422.

filial, en cambio, sí podrán participar cualquier sociedad o entidad jurídica de Derecho público o privado⁸¹³. Las sociedades no europeas podrán participar en la constitución de a través de sus filiales europeas y entrar en el accionariado de una vez esta sea constituida⁸¹⁴, incluso hacerse con el control efectivo de la sociedad.

Asimismo, de las anteriores reglas se infiere que la Sociedad Anónima Europea, como sociedad anónima que es, podrá participar o impulsar la creación de otra Sociedad Anónima Europea. Asimismo, aunque, como se ha manifestado, las personas físicas no pueden promover la constitución de una Sociedad Anónima Europea, nada impide que estas se incorporen al accionariado de una de ellas una vez esta ha sido constituida⁸¹⁵.

El artículo 2 del Reglamento es el encargado de indicar las vías a través de las cuales puede constituirse exclusivamente la Sociedad Anónima Europea:

- A través de la fusión de dos o más sociedades anónimas constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, que tengan su domicilio social y su administración central en la Comunidad, siempre que al menos dos de ellas estén sujetas al ordenamiento jurídico de Estados miembros diferentes (arts. 17 a 31 Reglamento). Este proceso podrá llevarse a cabo a través de un proceso de fusión por constitución, mediante la unión de dos sociedades preexistentes que dejan de existir para alumbrar una nueva, o a través de fusión por absorción, mediante la cual una sociedad se hace con la totalidad del patrimonio de otra y los socios de la segunda pasan también a ser accionistas de la primera (art. 17.2 del Reglamento)⁸¹⁶.

⁸¹³ Aunque el régimen jurídico de la Sociedad Cooperativa Europea es casi coincidente con el de la Sociedad Anónima Europea, la posibilidad de que personas físicas participen en la constitución de la Sociedad Cooperativa, prevista en el 2.1 del Reglamento 1435/2003, separa ambas figuras societarias. Sobre esta diferencia, *vid.* FERNANDO VILLALBA, M^a Lourdes, “Sujetos que pueden participar...”, *op. cit.*, p. 57. La posibilidad de que personas físicas participen en la constitución de la Sociedad Cooperativa Europea ha justificado que el régimen jurídico de esta sociedad contemple un modelo de participación especial, adicional al previsto en la Sociedad Anónima Europea, solo para el supuesto de que esta haya sido constituida exclusivamente por personas físicas o por una sola entidad jurídica y personas físicas, que dé empleo en su conjunto a menos de 50 trabajadores o que dé empleo a 50 o más trabajadores en un solo Estado miembro. En esos supuestos, la implicación de los trabajadores en la propia Sociedad Cooperativa Europea, se regirá por las disposiciones del Estado miembro en que se encuentre el domicilio social de la sociedad, que sean aplicables a las entidades del mismo tipo. Por su parte, en las filiales y establecimientos de la Sociedad Cooperativa Europea, serán de aplicación las disposiciones del Estado miembro en que estén situados, que sean aplicables a las entidades del mismo tipo (Art. 8 Directiva 2003/72/CE). La menor complejidad de la Sociedad Cooperativa Europea en estos casos parece justificar el régimen alternativo al modelo de implicación dispuesto por la Directiva 2003/72, *vid.* ESPÍN SÁEZ, Maravillas, “Implicación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 241.

⁸¹⁴ INSA PONCE DE LEÓN, Fernando-Luis, *Los derechos de implicación...*, *op. cit.*, p. 211.

⁸¹⁵ GARCÍA Riestra, Manuel, *La Sociedad Anónima Europea*, *op. cit.*, p. 32.

⁸¹⁶ El régimen de fusión previsto por el Reglamento 2157/2001 es único, tanto para los supuestos de fusión por absorción como de fusión por constitución, SEQUEIRA MARTÍN, Adolfo, “La constitución mediante fusión...”, *op. cit.*, p. 328. Las diferentes fases del proceso de fusión son analizadas con detenimiento en FAJARDO GARCÍA, Isabel-Gemma, “Constitución por fusión de la Sociedad Anónima Europea domiciliada

- A través de la constitución de una Sociedad Anónima Europea holding entre sociedades anónimas o sociedades de responsabilidad limitada, siempre que, al menos dos de ellas, se encuentren en diferentes Estados miembros o bien tengan una filial o sucursal en otro Estado miembro desde al menos dos años antes (arts. 32 a 34 del Reglamento)⁸¹⁷.
- A través de la creación de un filial por parte de sociedades a las que se refiere el párrafo segundo del artículo 48 del Tratado⁸¹⁸, así como otras entidades jurídicas de Derecho público o privado constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro y con domicilio social y administración central en la Comunidad podrán constituir una Sociedad Anónima Europea filial suscribiendo sus acciones, siempre que, al menos dos de ellas, estén sujetas al ordenamiento jurídico de distintos Estados miembros o tengan una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro o una sucursal en otro Estado miembro desde, por lo menos, dos años antes (arts. 35 a 36 del Reglamento)⁸¹⁹.
- Finalmente, puede constituirse a partir de la novación de una sociedad anónima, sometida al derecho de un Estado miembro y con domicilio social y administración central en la Unión, que decide transformarse en una Sociedad Anónima Europea, siempre que cuenten con una filial sujeta al ordenamiento de otro Estado miembro durante, al menos, dos años (art. 37 Reglamento)⁸²⁰. Como puede observarse, este último procedimiento es el único, de las cuatro posibles vías, a través del cual una sociedad preexistente puede alcanzar la consideración de Sociedad Anónima Europea sin tener que recurrir a una reestructuración empresarial, como es el caso de la fusión, de la constitución de un holding o de la creación de una filial. Esta evidencia ha suscitado la preocupación de si que las sociedades nacionales recurran a esta vía para eludir los ordenamientos de los Estados miembros. Sin embargo, en tanto la

en España” en BOQUERA MATARREDONA, Josefina, *La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 149-186.

⁸¹⁷ Las fases del proceso de constitución de una Sociedad Anónima Europea holding son analizadas profusamente en EMBID IRUJO, José Miguel, “La Constitución de la Sociedad...”, *op. cit.*, pp. 211-221.

⁸¹⁸ Art. 48 párrafo segundo TCCE “Por sociedades se entiende las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo”.

⁸¹⁹ Sobre la constitución de una filial común, *vid.* EMBID IRUJO, José Miguel, “La Constitución de la Sociedad...”, *op. cit.*, p. 223.

⁸²⁰ Se echan en falta algunas posibilidades relevantes, como la de permitir constituir una Sociedad Anónima Europea a sociedades de Estados no miembro y la de facilitar la europeización de las sociedades puramente nacionales, en similares términos GARRIDO PÉREZ, Eva, “La Sociedad Europea...”, *op. cit.*, p. 239. Sobre las fases del proceso de constitución de una Sociedad Anónima Europea por transformación de una sociedad previa, *vid.* BOQUERA MATARREDONA, Josefina, “La transformación de la Sociedad Anónima española en Sociedad Anónima Europea y viceversa” en BOQUERA MATARREDONA, Josefina, *La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 236-244.

transformación de la sociedad nacional en una Sociedad Anónima Europea no vaya acompañada de una modificación del domicilio de la sociedad no debería ser un motivo de preocupación, pues las numerosas remisiones del Reglamento a las legislaciones nacionales dificultan profundamente que las sociedades puedan evadirse de las normas mercantiles⁸²¹.

El primer paso para crear una Sociedad Anónima Europea a partir de una sociedad nacional, por cualquiera de las vías enunciadas, pasa por elaborar un proyecto de constitución de la Sociedad Anónima Europea. Conforme al artículo 32.2 del Reglamento, el proyecto de constitución de una Sociedad Anónima Europea holding debe recoger la denominación y domicilio social de las sociedades que se fusionen y los previstos para la Sociedad Anónima Europea; la relación de canje de las acciones y, en su caso, el importe de la compensación; las formas de entrega de las acciones de la Sociedad Anónima Europea; los derechos que garantiza a los accionistas que tuviesen derechos especiales y a los portadores de títulos distintos de las acciones, o las medidas propuestas respecto a ellos; todas las ventajas particulares atribuidas a los peritos que estudien el proyecto de fusión así como a los miembros de los órganos de administración, de dirección, de vigilancia o de control de las sociedades que se fusionen; los estatutos de la Sociedad Anónima Europea; y, finalmente, información sobre los procedimientos mediante los cuales se determinen las condiciones de implicación de los trabajadores de conformidad con la Directiva 2001/86/CE. En el caso de una constitución por fusión, el proyecto de constitución deberá recoger además la fecha a partir de la cual estas acciones darán derecho a participar en los beneficios, así como toda condición especial que afecte a este derecho, y la fecha a partir de la cual las operaciones de las sociedades que se fusionen se considerarán, desde el punto de vista contable, como realizadas por la Sociedad Anónima Europea⁸²².

Cuando la creación de la nueva Sociedad Anónima Europea se produce mediante la transformación de una sociedad nacional preexiste, la dirección empresarial de la empresa nacional también vendrá obligada a redactar el proyecto de transformación que explicará y justificará los aspectos jurídicos y económicos de la transformación

⁸²¹ En realidad, los verdaderos problemas sobre evasión de las legislaciones nacionales podrían darse respecto de las normas de implicación de los trabajadores. Para evitar ese riesgo, como veremos, la Directiva 2001/86 articula el denominado principio “antes-después”, que será analizado con mayor detenimiento más adelante, 9. SÁNCHEZ RUS, Heliodoro, “Constitución de la Sociedad Anónima Europea...”, *op. cit.*, p. 474.

⁸²² No es necesario que los Estados completen el contenido del proyecto previsto por el Reglamento, pues este ha recogido un contenido mínimo y suficiente del mismo, *vid.* SEQUEIRA MARTÍN, Adolfo, “La constitución mediante fusión...”, *op. cit.*, p. 340. Sin embargo, nada impide que las sociedades promotoras completen el contenido del proyecto de fusión con las indicaciones que les parezca conveniente, art. 20.2 Reglamento 2157/2001. Aunque no se diga expresamente el proyecto de constitución de una Sociedad Anónima Europea holding también podrá ser completado por las indicaciones que estimen convenientes las empresas promotoras, *vid.* ALONSO LEDESMA, Carmen, “La constitución de la Sociedad Anónima...”, *op. cit.*, p. 430.

y en el que se indicarán las consecuencias que supondrá para los accionistas y para los trabajadores la adopción de la forma de Sociedad Anónima Europea. Esta escueta regulación prevista en el artículo 37.4 del Reglamento 2157/2001 debe ser necesariamente completada, por analogía, con el régimen previsto para el proyecto de fusión⁸²³. El proceso de constitución de filial se regirá por la legislación aplicable a las sociedades anónimas del Estado en que fije su domicilio social, art. 15.1 Reglamento 2157/2001. Por otro lado, el proyecto de fusión deberá ser objeto de publicidad siguiendo las formas previstas por los Estados miembros al amparo de la Directiva 68/151/CEE⁸²⁴, al menos, un mes antes de que este deba ser aprobado por las Juntas Generales de accionistas de las sociedades implicadas⁸²⁵.

La constitución de la Sociedad Anónima Europea requiere además de la elaboración de sendos informes sobre el proceso de creación, elaborados por los órganos de administración y por expertos independientes. Estos informes acompañarán al proyecto de fusión de la Sociedad Anónima Europea holding (art. 32. 2 y 4 Reglamento 2157/2001⁸²⁶) y de la Sociedad Anónima Europea por transformación (art. 37.4 Reglamento⁸²⁷). Además, aunque el Reglamento 2157/2001 no lo reconozca expresamente, la constitución de una Sociedad Anónima Europea a través de un proceso de fusión requerirá también de la elaboración de ambos informes⁸²⁸.

Mención especial merecen los estatutos de la Sociedad Anónima Europea que, como se ha señalado, deben ser incorporados al proyecto de constitución de la sociedad. Estos podrán diseñar la gestión de la Sociedad Anónima Europea sobre un esquema

⁸²³ SÁNCHEZ RUS, Heliodoro, “Constitución de la Sociedad Anónima Europea...”, *op. cit.*, p. 500.

⁸²⁴ Directiva 68/151/CEE, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de los socios y terceros, de 9 de marzo de 1968 (DOCE 14 de marzo de 1968, L 65/8).

⁸²⁵ El plazo de mínimo para proceder a publicitar el proyecto de fusión viene determinado por el art. 6 Directiva 78/855/CEE de 9 de octubre de 1978 (DOCE 20 octubre de 1978 L 295/36), por remisión del art. 18 Reglamento 2157/2001. La aprobación del proyecto por las Juntas Generales es impuesta por el Reglamento 2157/2001 en sus arts. 23.2 para las fusiones, 32.6 para los holdings y 37.7 para las transformaciones. Téngase en cuenta que las Juntas Generales de cada una de las sociedades que impulsan la fusión o la constitución del holding podrán reservarse la posibilidad de condicionar el registro de la Sociedad Anónima Europea a la ratificación expresa por ésta de las disposiciones que determinen la implicación de los trabajadores en la nueva Sociedad Anónima Europea (arts.23.2 y 32.6 del Reglamento 2157/2001). Al respecto, *vid.* VALDÉS DAL-RE, Fernando, “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: un paradigma del nuevo derecho comunitario” en *Relaciones Laborales*, vol. 1, 2003, pp. 152.

⁸²⁶ Arts. A pesar de la confusa redacción del artículo 32, los informes no forman parte del proyecto de constitución de la Sociedad Anónima Europea holding, sino que lo acompañan y complementan, *vid.* ALONSO LEDESMA, Carmen, “La constitución de la Sociedad Anónima...”, *op. cit.*, p. 439.

⁸²⁷ Sobre los informes en el proceso de constitución de la Sociedad Anónima Europea por transformación, *vid.* SÁNCHEZ RUS, Heliodoro, “Constitución de la Sociedad Anónima Europea...”, *op. cit.*, pp. 504-506.

⁸²⁸ El silencio del Reglamento 2157/2001 sobre los informes de los expertos previstos por los arts. 9 y 10 Directiva 78/855/CEE no puede significar en ningún caso que se haya prescindido de ellos, sino que la normativa aplicable será la Directiva 78/855 en virtud de la remisión general prevista en el art. 18 Reglamento 2157/200, *vid.* SEQUEIRA MARTÍN, Adolfo, “La constitución mediante fusión...”, *op. cit.*, p. 347.

dual o monista de los sistemas de administración y control de la sociedad⁸²⁹, es decir, los estatutos deberán elegir entre crear un doble órgano de administración y control –sistema dual⁸³⁰– o un único órgano –sistema monista⁸³¹–. La elección es posible gracias a que los artículos 39.5 y 43.4 del Reglamento 2157/2001 previeron que los Estados miembros “podrán adoptar” las medidas necesarias para implementar un sistema dual o monista, respectivamente⁸³², cuando sus ordenamientos solo contemplaran uno de estos modelos de gestión empresarial, es decir, puede considerarse que estos artículos exteriorizan una opción dependiente de la voluntad de los legisladores nacionales. No obstante, a pesar de la literalidad de estos artículo, su interpretación en conjunto con el artículo 38.b del Reglamento, que dispone que serán los estatutos de la Sociedad Anónima Europea los que determinarán el modelo de gestión societaria que será asumido por la empresa, conduce a interpretar que los

⁸²⁹ Es más adecuado hablar de “sistemas de administración y control” y no simplemente de sistemas de administración, como ha sido tradicional, porque en efecto se trata de establecer qué órganos dirigen o controlan a la sociedad, *vid.* ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, “Administración y control...”, *op. cit.*, p. 531.

⁸³⁰ El sistema dual en la Sociedad Anónima Europea crea un órgano de dirección, cuyos miembros podrán ser nombrados por el Consejo de Vigilancia (art. 39.2 Reglamento 2157/2001), responsable de la gestión de la Sociedad Anónima Europea y un órgano de Vigilancia –en el que participarán, en su caso, los representantes de los trabajadores– cuya misión principal consiste en vigilar la gestión encomendada al órgano de dirección, sin poder ejercer, en principio, por sí mismo poder de gestión. En concreto, las competencias más importantes del Consejo de Vigilancia consisten en: recibir información del órgano de dirección acerca de la marcha de la sociedad, como mínimo cada tres meses; además, el Consejo de Administración comunicará cualquier otro tipo de información sobre hechos que puedan tener repercusiones sensibles en la situación de la Sociedad Anónima Europea; el Consejo de Vigilancia podrá realizar o hacer que se realicen las comprobaciones necesarias para desempeñar su cometido; así mismo, el Consejo de Vigilancia, aunque no se mencione expresamente, tendrá la competencia de dar su opinión en relación a los asuntos sobre los que recibe o solicita información, un análisis detallado de las funciones y competencias del órgano de control en el sistema monista puede consultarse en ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, “Administración y control...”, *op. cit.*, pp. 573- 586. Es importante también señalar que los estatutos de la sociedad podrán enumerar las materias en las que las operaciones del Consejo de Administración reciba una autorización previa del Consejo de Vigilancia (art. 48.1 Reglamento 2157/2001). La participación del Consejo de Vigilancia en tareas de gestión puede resultar paradójica, pero debe ser interpretada como una función de vigilancia preventiva o función participativa, *vid.* ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control” en ESTEBAN VELASCO, Gaudencio y FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis (Coords.), *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 661.

⁸³¹ En el sistema monista, sistema tradicional de gestión en nuestro país, el órgano de administración asumirá la gestión de la sociedad (art. 43.1 Reglamento 2157/2001). En este sentido, el término gestión debe ser entendido de forma amplia. De hecho, quizás habría sido más adecuado usar el término administración o incluso dirección para expresar que este órgano desarrolla sus competencias tanto en la vertiente interna como externa de la sociedad, QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús, “El sistema monista” en ESTEBAN VELASCO, Gaudencio y FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis (Coords.), *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 626.

⁸³² Art. 39.5 del Reglamento 2157/2001: “Cuando en un Estado miembro no esté previsto el sistema dual con relación a las sociedades anónimas con domicilio social en su territorio, dicho Estado miembro podrá adoptar las medidas oportunas en relación con la Sociedad Anónima Europea”, art. 43.4 del Reglamento: “Cuando no se establezca ninguna disposición sobre un sistema monista en relación con sociedades anónimas que tengan su domicilio social dentro del territorio de un Estado miembro, dicho Estado miembro podrá adoptar las medidas oportunas en relación con Las Sociedades Anónimas Europeas”.

Estados no tienen la opción de permitir a las Sociedades Anónimas Europeas optar entre un sistema dual o monista, sino que tienen la obligación de hacerlo⁸³³.

La introducción de esta obligación responde a la imposibilidad de alcanzar un consenso sobre el sistema de gobierno de las sociedades entre los Estados miembros. Por ello, el legislador comunitario optó por dejar en manos de las direcciones empresariales la decisión de optar por un modelo monista, con un órgano de administración, o dual, con un órgano de dirección y otro de control. La previsión buscaba sortear las reticencias de los Estados para renunciar a sus modelos de gestión societaria, asentados en su costumbre jurídica. Sin embargo, como ya hemos puesto de manifiesto, ha terminado siendo revolucionaria en aquellos Estados que tradicionalmente solo contemplaban un modelo de gestión para sus sociedades nacionales, fuera este monista o dual, como son los casos de Alemania y España.

En este sentido, la atribución a las direcciones empresariales de las Sociedades Anónimas Europeas la posibilidad de elección entre un sistema monista o dual en aquellos ordenamientos nacionales que solo contemplan el gobierno de sus sociedades a través de un modelo exclusivo de gobierno –bien monista o bien dual–, genera un derecho de sociedades alternativo y discordante del derecho de sociedades tradicional de esos Estados. Por ello, se ha sostenido que sería adecuado que la flexibilidad a la hora de elegir su sistema de gobierno otorgado a las direcciones empresariales de las Sociedades Anónimas Europeas fuera reconocida también para las sociedades exclusivamente nacionales⁸³⁴.

Finalmente, las Sociedades Anónimas Europeas adquirirán personalidad jurídica propia a partir del día en que sean inscritas en el registro designado por la legislación del Estado miembro en el que estas tengan su domicilio social, artículo 12 al que remite el 16 del Reglamento⁸³⁵. No obstante, el registro de la Sociedad Anónima Europea quedará condicionado, como inmediatamente señalaremos, al desarrollo de las negociaciones sobre los procesos de implicación de los trabajadores.

⁸³³ INSA PONCE DE LEÓN, Fernando-Luis, *Los derechos de implicación...*, *op. cit.*, p. 220.

⁸³⁴ La propuesta de extender la capacidad de elegir entre un modelo monista o dual a las sociedades nacionales es compartida por CASAS BAAMONDE, María Emilia, “La implicación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 370, aunque la reflexión se limita al ordenamiento español.

⁸³⁵ El Reglamento 2157/2001 renunció a la creación de un Registro Europeo de comercio, propuesta recogida en algunos de las primeras propuestas de regulación de la Sociedad Anónima Europea, *vid.* BOQUERA MATARREDONA, Josefina, “Personalidad jurídica...”, *op. cit.*, p. 98. En este sentido, se ha afirmado que “lo que demanda la Sociedad Anónima Europea es, si no un registro único, al menos un portal único europeo de sociedades en que se permita acceder al público interesado a todos los datos relevantes de la sociedad”, *vid.* FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis, “Domicilio y nacionalidad de la Sociedad Anónima Europea. Traslado internacional de domicilio de la Sociedad Anónima Europea. La publicidad registral de la Sociedad Anónima Europea” en ESTEBAN VELASCO, Gaudencio y FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis (Coords.), *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 260.

c. La delimitación de la implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea: régimen jurídico

La delimitación de la implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea constituye un elemento de enorme relevancia para la normativa comunitaria tal y como pone de manifiesto su inclusión inmediatamente posterior al inicio del proceso de constitución de la Sociedad. En este sentido, con la publicación del proyecto de fusión o constitución de una Sociedad Anónima Europea holding o adoptado el de crear una filial común o el de transformación en Sociedad Anónima Europea, la dirección empresarial o direcciones empresariales implicadas deben iniciar lo antes posible las gestiones necesarias, incluida la comunicación de las informaciones relativas a la identidad de las sociedades participantes, filiales o establecimientos afectados, así como el número de sus trabajadores, para entablar negociaciones con los representantes de los trabajadores de las sociedades sobre las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (art. 3 Directiva 2001/86).

El proceso de negociación es trascendental porque, como acabamos de poner de manifiesto, el artículo 12.2 del Reglamento condiciona el registro de a que se haya producido una negociación entre las direcciones empresariales implicadas y los representantes de los trabajadores, en los términos que luego se señalarán, para tratar de alcanzar un acuerdo. Ahora bien, esta previsión no debe ser confundida con una obligación de alcanzar un pacto entre las partes⁸³⁶. En este sentido, puede avanzarse que podrá registrarse cuando se haya alcanzado un acuerdo sobre la implicación de los trabajadores, pero también cuando los representantes de los trabajadores hayan decidido no iniciar o terminar las negociaciones y basar la información y consulta dentro de la Sociedad Anónima Europea en las disposiciones que estén vigentes en los Estados miembros en los que la Sociedad Anónima Europea tenga trabajadores o haya expirado el tiempo máximo previsto para las negociaciones sin que se haya alcanzado un acuerdo entre las partes.

No obstante lo anterior, no puede dejar de advertirse que, aunque el acuerdo sobre la implicación de los trabajadores no sea obligatorio, no podrá existir si no se garantizan adecuadamente los derechos de implicación de los trabajadores⁸³⁷. Ello porque en los

⁸³⁶ Al respecto, MONEREO PÉREZ, José Luis, *et al.*, *La participación de los trabajadores...*, *op. cit.* p. 72, 139. Lo contrario, es decir, vincular la inscripción al acuerdo entre las partes, supondría que la constitución de Sociedades Anónimas Europeas quedaría bajo la voluntad de los representantes de los trabajadores que podrían impedir la transformación de sociedades nacionales, *vid.* GARRIDO PÉREZ, Eva, “La Sociedad Europea...”, *op. cit.*, p. 253. De forma poco precisa se ha señalado: que “ninguna Sociedad Europea puede constituirse sin la conclusión de un acuerdo colectivo acerca del tratamiento de cuantos aspectos sean necesarios para materializar una efectiva implicación de los trabajadores en su dirección o gobierno”, GARCÍA JIMÉNEZ, Manuel, “La implicación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 373, o FERNÁNDEZ DOCAMPO, Beatriz, “La participación...”, *op. cit.*, p. 513.

⁸³⁷ SOLÁ MONELLS, Xavier, “La participación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 116.

supuestos en los que las partes no hayan alcanzado un acuerdo resultarán de aplicación bien las normas subsidiarias previstas por la Directiva, art. 7 de la Directiva, o bien las disposiciones sobre información y consulta de los trabajadores que estén vigentes en los Estados miembros en que tenga trabajadores, art. 3.6 de la Directiva. Por consiguiente, si bien es cierto que puede constituirse sin acuerdo entre las partes, no es menos cierto que no es posible constituir una Sociedad Anónima Europea sin un modelo de implicación de los trabajadores, acordado o sometido a las normas subsidiarias comunitarias o nacionales⁸³⁸. Por tanto, la exigencia de constituir algún modelo de implicación de los trabajadores al amparo de la normativa comunitaria sobre las Sociedades Anónimas Europea, al contrario que la representación de los trabajadores en las empresas nacionales o de dimensión comunitaria no sometidas al Reglamento 2157/2001, donde la constitución de los órganos de representación de los trabajadores depende de que estos insten su constitución, impone un régimen ciertamente más avanzado y meritorio, al menos en lo referido a la constitución de estos órganos. Cuestión distinta serán las competencias y funciones de los órganos de representación una vez constituidos, donde sí puede observarse un déficit de los órganos de representación previstos para las empresas de dimensión comunitaria respecto de aquellos previstos tradicionalmente por las normativas nacionales.

Debe aclararse que la Directiva 2001/86 solo contempla la obligación de negociar las fórmulas de implicación de los trabajadores para aquellas sociedades que deseen transformar su personalidad jurídica en una Sociedad Anónima Europea. Por tanto, quedan excluidas de esta obligación de negociar todas aquellas empresas que ya vinieran operando en el tráfico jurídico y no hayan optado por su conversión en una Sociedad Anónima Europea. Es decir, ninguna empresa constituida al amparo de una legislación nacional vendrá obligada a contar con la participación de sus trabajadores, independientemente de su dimensión o del carácter transnacional o europeo de sus actividad, salvo que se transformen en una Sociedad Anónima Europea.

Asimismo, la Directiva 2001/86 contempla que sus disposiciones no afectarán a los derechos de implicación de los trabajadores previstos en los Estados miembros por la legislación y/o la práctica nacionales, de que gocen los trabajadores de la Sociedad Anónima Europea y de sus filiales y establecimientos, distintos de la participación en los órganos de la Sociedad; ni, tampoco, a las disposiciones en materia de participación en los órganos establecidas por la legislación o la práctica nacionales que afecten a las filiales de la Sociedad Anónima Europea (art. 13.3 Directiva 2001/86). Con el fin de salvaguardar los derechos mencionados, los Estados

⁸³⁸ Lo contrario supondría dejar en manos de los accionistas de la Sociedad Anónima Europea los derechos de implicación de los trabajadores, *vid.* CASAS BAAMONDE, María Emilia, “La implicación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 375.

miembros podrán adoptar las medidas necesarias para garantizar, después de la inscripción de la Sociedad Anónima Europea en el registro nacional correspondiente, el mantenimiento de las estructuras de representación de los trabajadores en las sociedades participantes que dejen de existir como entidades jurídicas diferenciadas (art. 13.4 Directiva 2001/86).

Es evidente que el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/86 puede presentar similitudes con el de las Directivas sobre la representación de los trabajadores en las empresas de dimensión europea. En aquellos supuestos en los que empresas de dimensión europea adquieran la condición de Sociedad Anónima Europea, la Directiva 2001/86 ha previsto su propia preferencia aplicativa, desplazando a las anteriores⁸³⁹. Así, en aquellos casos en los que una Sociedad Anónima Europea tenga dimensión comunitaria no se le aplicarán en principio las Directivas 94/45 o 2008/38⁸⁴⁰, sino la Directiva sobre implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea⁸⁴¹. No obstante, existe una excepción a esta preferencia aplicativa que, como veremos, se producirá en aquellos supuestos en los que la comisión negociadora haya optado por no iniciar o por finalizar sin acuerdo el periodo de consultas con la dirección empresarial. Volveremos sobre esta cuestión cuando analicemos las disposiciones de referencia incorporadas en la Directiva.

El régimen jurídico sustantivo de la implicación de los trabajadores viene condicionado, como anticipamos en su momento, por los heterogéneos modelos de implicación de los Estados miembros. El complejo paisaje europeo dificultaba notablemente la posibilidad de aproximar las fórmulas de participación de los trabajadores, por ello, se extendió el convencimiento de que era mejor no imponer una fórmula concreta de participación, sino permitir a las partes negociar la mejor

⁸³⁹ Art. 13.1 Directiva 2001/86.

⁸⁴⁰ La Directiva 2001/86 no menciona expresamente a la Directiva 2009/38. Sin embargo, la omisión es obviamente consecuencia del momento en el que fue aprobada la Directiva sobre implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea, 8 años antes de que se aprobara la actualización de la Directiva 94/45. No obstante, corresponde extender estas disposiciones a la Directiva 2009/38 porque la propia Directiva 2009/38 (art. 17) establecía la derogación de la Directiva 94/45 a partir del 6 de junio de 2011, debiendo entenderse que las referencias a aquella Directiva derogada son hechas a la Directiva 2009/38.

⁸⁴¹ De forma errónea se ha señalado que la aplicación de la Directiva 94/45 prima sobre la Directiva 2001/86, “estableciéndose con ello una relación de «subsidiariedad», en el bien entendido que las formas de participación previstas en esta Directiva [la 2001/86] solo son aplicables a las sociedades a las que no les resultan de aplicación las reglas de la Directiva 94/45/CE”, MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz y VELASCO PORTERO, Teresa, “La implicación de los...”, *op. cit.*, p. 387. La relación entre las Directivas 94/45 y 2009/38 y la Directiva 2001/86 es precisamente la opuesta a la señalada. Solo cuando a una sociedad no le fuera de aplicación las previsiones de la Directiva 2001/86 podrá aplicársele las disposiciones de las Directivas 94/45 y 2009/38. Al respecto, *vid.* INSA PONCE DE LEÓN, Fernando-Luis, *Los derechos de implicación...*, *op. cit.*, p. 229.

fórmula de implicación para la empresa concreta y, solo en defecto de no alcanzarse un acuerdo, aplicar con carácter supletorio las normas de la regulación comunitaria⁸⁴².

Las objeciones y los recelos a la participación de los trabajadores eran tan intensas que afectaron incluso a la propia denominación de la participación, de tal manera que las normas comunitarias prescinden de este término en favor del de implicación⁸⁴³. La propia Directiva, artículo 2.h, define la implicación como cualquier medio de información, consulta o participación, y cualquier otro mecanismo mediante el cual los representantes de los trabajadores puedan influir en las decisiones que se adopten en la empresa.

De esta forma, la Directiva ha optado por una noción de implicación profundamente inclusiva⁸⁴⁴, que acoge formas institucionales diferentes –información, consulta o participación– a través de las cuales los trabajadores pueden influir en las decisiones de las empresas europeas. La Directiva optó por definir estos conceptos siguiendo las recomendaciones del informe Davignon⁸⁴⁵.

Por una parte, la información es la transmisión, por el órgano competente de la Sociedad Anónima Europea al órgano de representación de los trabajadores o a los representantes de los trabajadores, de las informaciones relativas a las cuestiones que afecten a la propia Sociedad Anónima Europea y a cualquiera de sus filiales o establecimientos situado en otro Estado miembro o que excedan de las competencias de los órganos de decisión en un único Estado miembro, en un momento, de un modo y con un contenido que permitan a los representantes de los trabajadores evaluar en

⁸⁴² Así, lo señaló el grupo de expertos Davignon en 1997, *vid.* DAVIGNON, Etienne, *et. al.*, “European systems of worker involvement...”, *op. cit.*, p. 7. Al respecto, se ha señalado que el procedimiento de participación requiere la adhesión de todas las partes y no puede imponerse por decreto, *vid.* Dictamen del CESE sobre “el Estatuto de la sociedad anónima europea” aprobado por el Pleno el de 11 de diciembre de 1997, (C129/1, DOCE de 27 de abril de 1998), p. 3; GARRIDO PÉREZ, Eva, “La Sociedad Europea...”, *op. cit.*, p. 235. Así, también se ha señalado que “se descarta el establecimiento de un modelo europeo de implicación de los trabajadores aplicable a las sociedades europeas”, *vid.* PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, “La participación de los trabajadores en la empresa (una revisión institucional)” en AA.VV., *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007, Madrid, p. 61.

⁸⁴³ GARRIDO PÉREZ, Eva, “La Sociedad Europea...”, *op. cit.*, p. 237. Se ha señalado que quizá por la polivalencia del término participación, no exento de problemas, el legislador comunitario optó por el término implicación para tratar de utilizar un término con un significado equivalente en todos los ordenamientos, GARCÍA MUÑOZ, Manuel, “La polivalencia conceptual...”, *op. cit.*, p. 140. En cualquier caso, es obvio que el término “participación” ha sufrido un profundo desgaste a lo largo del tiempo que lo ha vaciado de contenido, sobre las causas de la mutación del concepto *vid.* ORTIZ LALLANA, Carmen, “La participación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 215.

⁸⁴⁴ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, “La participación de los trabajadores en la empresa...”, *op. cit.*, p. 61.

⁸⁴⁵ Al respecto, CASAS BAAMONDE, María Emilia, “La implicación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 379.

profundidad las posibles repercusiones y, en su caso, preparar la consulta con el órgano competente de la Sociedad Anónima Europea (art. 2.i Directiva 2001/86).

Por otra parte, la consulta, íntimamente vinculada a una correcta información previa, puede ser definida como la apertura de un diálogo y el intercambio de opiniones entre el órgano de representación de los trabajadores o los representantes de los trabajadores y el órgano competente de la Sociedad Anónima Europea, en un momento, de un modo y con un contenido que permitan a los representantes de los trabajadores, a partir de la información facilitada, expresar una opinión sobre las medidas previstas por el órgano competente que pueda ser tenida en cuenta en el marco del proceso de toma de decisiones en la Sociedad Anónima Europea (art. 2.j Directiva 2001/86).

Finalmente, el último de los conceptos vinculados a la implicación de los trabajadores es el de la participación, que puede ser definida como la influencia del órgano de representación de los trabajadores o los representantes de los trabajadores en una sociedad mediante el derecho a elegir o designar a determinados miembros del órgano de administración o de control de la sociedad; o el derecho de recomendar u oponerse a la designación de una parte o de todos los miembros del órgano de administración o de control de la sociedad (art. 2.k Directiva 2001/86). Por tanto, la Directiva reserva el término participación en un sentido restringido exclusivamente a la capacidad de los trabajadores de incorporarse a los Consejos de Administración o de influir en sus nombramientos, lo que en nuestro país es conocido habitualmente como cogestión⁸⁴⁶.

Aunque podría pensarse que la regulación de la participación de los trabajadores en la gestión empresarial es una de las características fundamentales de la Sociedad Anónima Europea⁸⁴⁷, debido a la importancia capital que se otorgó durante las negociaciones conducentes a la aprobación de la Directiva 2001/86 a la delimitación de su régimen jurídico y a los esfuerzos por construir un concepto de participación lo más inclusivo posible, lo cierto es que la regulación definitiva lo desmiente. En la práctica, la Directiva no garantiza la participación de los trabajadores en la gestión empresarial. Ello por dos motivos principales. En primer lugar, porque la iniciativa de la constitución es voluntad de la dirección empresarial, pues son las direcciones empresariales de las sociedades nacionales sobre las que se construye la Sociedad Anónima Europea las únicas que pueden iniciar los trámites para su creación. Por tanto, si la dirección empresarial no quiere facilitar la información, la consulta y la

⁸⁴⁶ ÁLVAREZ GIMENO, Rafael, “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea...”, *op. cit.*, p. 317.

⁸⁴⁷ Se ha afirmado que “el propósito de esta Directiva [se refieren a la Directiva 2001/86] es garantizar el derecho de los trabajadores a implicarse en las cuestiones y decisiones que afecten a la vida de la Sociedad Anónima Europea en la que prestan servicios”, *vid.* MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz y VELASCO PORTERO, Teresa, “La implicación de los...”, *op. cit.*, p. 388.

participación transnacional de sus trabajadores le bastará con no iniciar los trámites necesarios para constituir la Sociedad Anónima Europea. En segundo lugar, además, la participación es regulada con carácter preferente por la negociación colectiva entre las partes, de tal manera que solo en defecto de esta se aplicará el régimen dispuesto en el Directiva⁸⁴⁸, pero podemos adelantar en este momento que las normas subsidiarias sobre participación de los trabajadores en la gestión empresarial solo resultarán de aplicación en casos muy limitados, cuando previamente la sociedad o sociedades que dan origen a la nueva Sociedad Anónima Europea ya disfrutaran de algún tipo de derecho de participación⁸⁴⁹.

La regulación de la representación en las Sociedades Anónimas Europeas, por tanto, se construye sobre un doble canal complementario de representación⁸⁵⁰. En primer lugar, es posible que las sociedades se decanten por constituir un órgano de representación laboral específico, es decir, un comité de empresa de u órgano similar⁸⁵¹, o mediante procedimientos *ad hoc* de información y consulta. En segundo lugar, es posible que Las Sociedades Anónimas Europeas opten por acceder a que sus trabajadores participen en los máximos órganos de gobierno de la sociedad. La elección entre una u otra posibilidad dependerá de las negociaciones desarrolladas entre las direcciones de las sociedades que pretendan crear una nueva Sociedad Anónima Europea y la comisión negociadora formada por representantes de los trabajadores.

c.1. La negociación del sistema de implicación de los trabajadores

Al contrario que en la constitución de los comités de empresa europeos, las negociaciones encaminadas a la formalización de una Sociedad Anónima Europea emanan siempre de los órganos de dirección de las sociedades preexistentes al

⁸⁴⁸ En similares términos, GARRIDO PÉREZ, Eva, “La Sociedad Europea...”, *op. cit.*, p. 243.

⁸⁴⁹ *Vid.* apartado c.5 Las normas de referencia.

⁸⁵⁰ En similares términos, GONZÁLEZ BEGEGA, Sergio y KÖLER, Holm-Detlev, “La Sociedad Anónima Europea...”, *op. cit.*, p. 75; CASAS BAAMONDE, María Emilia, “La implicación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 408.

⁸⁵¹ Aunque formalmente los comités de empresa de las Sociedades Anónimas Europeas puedan parecer en realidad Comités de Empresa Europeos, lo cierto es que los estudios empíricos han constatado que los comités de Las Sociedades Anónimas Europeas suelen estar mejor equipados y tienen más competencias que los Comités de Empresa Europeos. La diferencia radica en que los Comités de Empresa Europeos son vistos como órganos simbólicos de información, mientras que los comités en Las Sociedades Anónimas Europeas son instituciones más respetadas por ambas partes, incluso durante la preparación de las negociaciones, y se perciben como un elemento esencial del gobierno corporativo, *vid.* REHFELDT, Udo, VOSS, Eckhard, PULIGNANO, Valeria, et al., *Employee involvement...*, *op. cit.*, p. 65. Asimismo, otra importante diferencia entre los Comités de Empresa Europeos y los comités de empresa de la Sociedad Anónima Europea es que la constitución de los primeros responde de forma generaliza a la iniciativa de los representantes de los trabajadores, mientras que en los segundos es la dirección empresarial la que impulsa su constitución, *vid.* STOLLT, Michael, KLUGE, Norbert, “The potential of employee...”, *op. cit.*, p. 182.

nacimiento de la nueva figura societaria⁸⁵², lo que se explica porque en este caso la dirección empresarial sí que tiene un interés directo en su transformación en Sociedad Anónima Europea, pues podrá beneficiarse de operar en el mercado europeo bajo una única sociedad sometida a un único régimen jurídico. Por tanto, le corresponde a ella la iniciativa en su constitución⁸⁵³.

Una vez publicado el proyecto de constitución de la Sociedad Anónima Europea, a iniciativa de la dirección o direcciones empresariales impulsoras de la Sociedad Anónima Europea, corresponde iniciar las negociaciones entre los representantes de los trabajadores y de las sociedades.

La designación de los representantes empresariales aparece delimitada por las definiciones que la Directiva realiza de las sociedades participantes y de sus filiales. Las primeras serán todas aquellas sociedades que participen directamente en la constitución de una Sociedad Anónima Europea⁸⁵⁴, las filiales serán aquellas empresas sobre las cuales la Sociedad Anónima Europea ejerce una influencia dominante definida con arreglo a lo dispuesto en los apartados 2 a 7 del artículo 3 de la Directiva 94/45/CE. No obstante, más allá de esta caracterización general del interlocutor empresarial, la Directiva no ha concretado la composición de los representantes empresariales, sino que serán estos los que dentro de su autonomía determinen los sujetos más adecuados para participar en las negociaciones con la comisión negociadora⁸⁵⁵. Por otra parte, la representación de los trabajadores se articulará a partir de la denominada comisión negociadora. Esta comisión no es un órgano paritario, sino un órgano exclusivo de canalización de la representación de los trabajadores que deberá entablar las conversaciones oportunas con los representantes designados por la dirección de la sociedad o sociedades impulsoras de la Sociedad Anónima Europea.

⁸⁵² GONZÁLEZ BEGEGA, Sergio y KÖLER, Holm-Detlev, “La Sociedad Anónima Europea...”, *op. cit.*, p. 76. El papel fundamental de la dirección empresarial en el impulso de la constitución de la Sociedad Anónima Europea, junto con la posibilidad de negociar la participación de los trabajadores en los órganos de dirección de la sociedad son las dos grandes diferencias que el modelo de participación previsto por las Directivas 94/45 y 2009/38 y el régimen de implicación en la Sociedad Anónima Europea.

⁸⁵³ En similares términos, *vid.* ARRIGO, Gianni, “La implicación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 17.

⁸⁵⁴ La naturaleza de las posibles sociedades participantes en la constitución de la Sociedad Anónima Europea difiere en función de la vía escogida para constituir la Sociedad Anónima Europea. Las sociedades anónimas constituidas con arreglo al ordenamiento de un Estado miembro podrán promover la constitución de una Sociedad Anónima Europea mediante la fusión o transformación; las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada podrán instar la constitución de una Sociedad Anónima Europea holding; y, finalmente, Las sociedades a que se refiere el párrafo segundo del artículo 48 del TUE, así como otras entidades jurídicas de Derecho público o privado constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro podrán constituir una Sociedad Anónima Europea filial (art. 2 Reglamento 2157/2001), al respecto *vid.* apartado b.1.

⁸⁵⁵ En similares términos, MONEREO PÉREZ, José Luis, *et al.*, *La participación de los trabajadores...*, *op. cit.* p. 126.

Lamentablemente la Directiva omite elementos procedimentales esenciales sobre la comisión negociadora, como el momento a partir del cual deberá quedar esta constituida. El artículo 3.1 de la Directiva se limita a establecer que, una vez adoptado el proyecto de constitución, los órganos de dirección iniciarán las gestiones necesarias “lo antes posible” para entablar negociaciones con los representantes de los trabajadores de las sociedades sobre las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea, incluida la comunicación de las informaciones relativas a la identidad de las sociedades participantes, filiales o establecimientos afectados, así como el número de sus trabajadores. Por tanto, la legislación comunitaria impone que la constitución de la comisión negociadora se realice una vez elaborado el proyecto de constitución de la Sociedad Anónima Europea, pero no fija un plazo máximo para esta constitución. Tampoco puede encontrarse en la Directiva ninguna referencia a las consecuencias en caso de que la dirección empresarial no inste la constitución de la comisión negociadora o en caso de que los trabajadores no formalicen la comisión. El silencio sobre estas materias guardado por la normativa comunitaria deberá ser corregido recurriendo a las disposiciones de las legislaciones nacionales. Serán ellas, de forma subsidiaria, las encargadas de dar completar estos vacíos⁸⁵⁶.

La comisión negociadora reposa sobre la realidad empresarial anterior a la futura Sociedad Anónima Europea⁸⁵⁷ así, estará compuesta por un representante de los trabajadores por cada Estado en el que se empleen al 10% o fracción del total de trabajadores empleados por las sociedades participantes, las filiales y los establecimientos afectados en el conjunto de los Estados miembros. La Directiva establece, por tanto, un criterio proporcional corregido mediante una ponderación locativa, que garantiza que, al menos, cada Estado en el que la compañía de empleo a un trabajador, independientemente del porcentaje, tendrá un representante en la comisión negociadora. Sobre esta corrección locativa se ha afirmado que puede producir una sobrerrepresentación de los Estados que empleen a un menor número de trabajadores –pues aquel Estado con el 1% de los trabajadores tendrá los mismos representantes que aquellos otros con el 9%–. Sin embargo, por el contrario permite una mayor pluralidad de la composición de la mesa negociadora, facilitando con ello una representación más amplia de las distintas tradiciones de los Estados miembros⁸⁵⁸.

⁸⁵⁶ En este sentido, GARRIDO PÉREZ, Eva, “La Sociedad Europea...”, *op. cit.*, p. 246. Algunas legislaciones nacionales han subsanado esta laguna, por ejemplo, España ha previsto, como se verá más adelante, que una vez publicado el proyecto de constitución de la Sociedad Anónima Europea las direcciones empresariales deberán desarrollar las gestiones necesarias para entablar las negociaciones con la comisión negociadora en el plazo de 45 días (art. 5 Ley 31/2006).

⁸⁵⁷ CASAS BAAMONDE, María Emilia, “La implicación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 391.

⁸⁵⁸ *vid.* MONEREO PÉREZ, José Luis, *et al.*, *La participación de los trabajadores...*, *op. cit.* p. 109.

Esta composición proporcional de la comisión negociadora entró en conflicto con la regulación entonces vigente sobre la información y consulta de los trabajadores en las empresas de dimensión comunitaria, la Directiva 94/45. Sin embargo, es coincidente con la regulación que más tarde incorporaría la Directiva 2009/38. Sin duda, estas coincidencias dotan de coherencia al modelo europeo de representación de los trabajadores –compuesto por los Comités de Empresa Europeos y los órganos de representación en la Sociedad Anónima Europea–. Pero, sobre todo, aplicar las mismas reglas a la formación de las comisiones de diferentes instituciones de representación favorecen su correcta aplicación por los destinatarios de las normas porque les permite familiarizarse más fácilmente con estas normas⁸⁵⁹.

El artículo 2.a.ii de la Directiva contempla la única excepción a la composición proporcional de la comisión negociadora descrita⁸⁶⁰. Así, en los supuestos en los que el proyecto de constitución de la Sociedad Anónima Europea se articule a partir de la fusión de sociedades preexistentes y, por tanto, las mismas dejarán de existir una vez constituida la Sociedad Anónima Europea, la Directiva incorpora un elemento corrector adicional al criterio proporcional principal –el que reconoce un representante por cada 10% o fracción de trabajadores empleados en cada Estado– con la vocación de proteger los sistemas de participación en las sociedades que desaparecerán una vez consumado el proceso de constitución de la Sociedad Anónima Europea⁸⁶¹. El elemento corrector concretamente estipula que se incorporarán miembros adicionales a los elegidos conforme al criterio proporcional anterior, en representación de cada Estado miembro en la medida necesaria para garantizar que la comisión negociadora incluye al menos un miembro representante de cada una de las sociedades participantes que están registradas y empleen trabajadores en dicho Estado miembro y que vaya, según el proyecto de constitución de la Sociedad Anónima Europea, a dejar de existir, como entidad jurídica diferenciada tras su inscripción siempre que: el número de estos miembros adicionales no sea superior al 20% del número de miembros designados de conformidad criterio proporcional; y la composición de la comisión negociadora no dé lugar a una doble representación de los trabajadores en cuestión. Si el número de las sociedades a fusionar excede del número de puestos adicionales disponibles con

⁸⁵⁹ A pesar de la simplificación derivada de fijar unas mismas reglas para constituir las comisiones negociadoras de las comisiones de representación de los trabajadores, las organizaciones empresariales han expresado que las disposiciones excesivamente complicadas y estructuradas en torno a la participación de los trabajadores y la creación de una comisión negociadora especial han sido un obstáculo importante que impide a las sociedades hacer un mayor uso del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, *vid.* Comunicación sobre el reexamen de la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, 30 de septiembre de 2008, COM(2008)591 final, p. 8.

⁸⁶⁰ SOLÁ MONELLS, Xavier, “La participación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 122.

⁸⁶¹ *Vid.* MONEREO PÉREZ, José Luis, *et al.*, *La participación de los trabajadores...*, *op. cit.* p. 112.

arreglo al criterio proporcional, estos puestos adicionales se asignarán a sociedades de diferentes Estados miembros por orden decreciente del número de trabajadores que empleen.

Así mismo, el legislador comunitario ha dispuesto que sin perjuicio de las legislaciones o prácticas nacionales por las que se fijen umbrales para el establecimiento de un órgano de representación de los trabajadores, los Estados miembros deberán prever que los trabajadores de las empresas o establecimientos en los que no existan representantes de los trabajadores por motivos ajenos a su voluntad, tengan derecho a elegir o designar a miembros de la comisión negociadora. Obligación plenamente coincidente con el régimen similar previsto en las Directivas 94/45 y 2009/38.

Aunque nada se diga al respecto en la Directiva, parece obvio que el silencio de la misma sobre las reglas para calcular el número de trabajadores empleados por la sociedad en cada Estado, elemento ineludible para poder proceder a repartir los miembros de la comisión entre los Estados en los que las sociedades que dan origen a la Sociedad Anónima Europea empleen a sus trabajadores, debe ser rectificado por las legislaciones nacionales⁸⁶². Aunque ciertamente habría sido deseable que la Directiva hubiera establecido un único modelo para calcular el número de trabajadores en todos los centros o empresas que participen en la constitución de la Sociedad Anónima Europea, para garantizar que todas las sociedades participen en igualdad de términos⁸⁶³.

Asimismo, los Estados miembros también deberán concretar los criterios a través de los cuales se seleccionará en cada Estado a los representantes que acudirán a la comisión negociadora⁸⁶⁴. Estos podrán prever que entre los miembros de la comisión se designe a representantes sindicales, sean o no trabajadores de una empresa participante o de una filial o establecimiento interesado⁸⁶⁵. Parece anómalo incluir entre los miembros de una comisión negociadora, para acordar el modelo de participación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea, a representantes ajenos a las propias sociedades que impulsan esa Sociedad Anónima Europea. La

⁸⁶² CASAS BAAMONDE, María Emilia, “La implicación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 392.

⁸⁶³ INSA PONCE DE LEÓN, Fernando-Luis, *Los derechos de implicación...*, *op. cit.*, p. 335.

⁸⁶⁴ Al respecto, el artículo 3.2.b) Directiva 2001/86 dispone: “[...] Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para lograr que, en la medida de lo posible, entre dichos miembros figure al menos un representante de cada una de las sociedades participantes que emplee a trabajadores en el Estado miembro afectado. Estas medidas no deberán suponer un aumento del número total de miembros”.

⁸⁶⁵ La posibilidad de incorporar a representantes sindicales, sean o no trabajadores de empresas participantes, ha sido interpretada como una manifestación clara del deseo de las instituciones comunitarias por reforzar el papel de las organizaciones sindicales como interlocutores sociales más allá del marco del dialogo social comunitario, *vid.* MONEREO PÉREZ, José Luis, *et al.*, *La participación de los trabajadores...*, *op. cit.* p. 114.

participación de representantes sindicales en la comisión negociadora es positiva⁸⁶⁶, pero no puede pasarse por alto que el nombramiento se hace como miembros de pleno derecho y no en calidad de asesores externos, posibilidad que sin duda habría sido más acertada y coherente con el resto de normas sobre la participación de los trabajadores en las sociedades de dimensión europea sin eliminar ninguno de los potenciales beneficios que pueda reportar la presencia de representantes sindicales en la comisión negociadora.

Como ya se ha adelantado, las fórmulas de implicación de los trabajadores prescritas por la Directiva se articulan en primer término sobre la base del principio de subsidiariedad. Es decir, las partes podrán acordar la fórmula que mejor se adapte y más beneficiosa sea para la negociación concreta a la que se tenga que hacer frente. En caso de no poder alcanzarse un acuerdo, sí resultarán de aplicación las normas de referencia dispuestas por la Directiva⁸⁶⁷.

Tras la constitución de la comisión negociadora las partes disponen de seis meses para tratar de alcanzar un acuerdo, este periodo podrá ser prorrogado de común acuerdo hasta un máximo de seis meses adicionales al periodo ordinario (art. 5 Directiva 2001/86). Obviamente no es necesario agotar el plazo ordinario ni el extraordinario si previamente se alcanza un acuerdo entre las partes o si se constata que no hay posibilidad de hacerlo. Pese a la posibilidad de extender las negociaciones de común acuerdo, lo cierto es que en casi la totalidad de los procedimientos, las negociaciones han concluido con el acuerdo entre las partes dentro del periodo ordinario previsto por la Directiva⁸⁶⁸. Son, por tanto, excepcionales aquellos supuestos en los que se extienden las negociaciones más allá de los seis primeros meses, pero también aquellos otros que terminan sin acuerdo o aquellos en los que las partes se someten a la aplicación de las normas subsidiarias previstas por la

⁸⁶⁶ Se ha considerado que una comisión negociadora abierta “a la contribución directa de las organizaciones sindicales, y en particular de las Federaciones europeas, es fundamental para la efectividad de los principios gemelos de la conservación de los «derechos adquiridos» y el primero/después. Ello garantiza en efecto: a) un mayor equilibrio entre representaciones internas (solo empresarial) y externas, y por lo tanto una mayor cobertura de los sujetos implicados en los procesos de constitución de una Sociedad Anónima Europea, sobre todo en los casos de fusiones y transformaciones, lo que puede poner en peligro, por la extinción de anteriores unidades productivas, también el ejercicio de los derechos sindicales y la vida de las representaciones empresariales de los trabajadores, que son el sustrato de cada forma de implicación; b) una mayor coherencia de las formas de implicación con la nueva estructura de la empresa societaria, en particular en la elección entre el mantenimiento de los derechos de participación «adquiridos» o la consolidación de los procedimientos de información y consulta (en forma más abierta a la intervención sindical externa); c) un gobierno compartido de las tensiones que pueden producirse naturalmente entre grupos nacionales de trabajadores, en el caso de las Sociedades Anónimas Europeas constituidas por más empresas sometidas cada una a una forma diferente de implicación”, *vid.* ARRIGO, Gianni, “La implicación de los trabajadores...”, *op. cit.*, pp. 17-18.

⁸⁶⁷ La justificación tras esta argumentación es que se presume que el sistema más eficaz es el que mejor se adapte a las partes afectadas y a las condiciones particulares en las que habrá de desarrollarse la implicación de los trabajadores, así GARRIDO PÉREZ, Eva, “La Sociedad Europea...”, *op. cit.*, p. 245. En similares términos, ORTIZ LALLANA, Carmen, “La participación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 252.

⁸⁶⁸ STOLLT, Michael, KLUGE, Norbert, “The potential of employee...”, *op. cit.*, p. 187.

Directiva ante la imposibilidad de alcanzar un acuerdo propio al margen de las reglas fijadas por la norma europea.

Las negociaciones entre las partes deberán desarrollarse bajo el espíritu de colaboración (art. 4.1 de la Directiva). Regulación no novedosa y que también podemos encontrar en las Directivas sobre constitución de Comités de Empresas Europeos. Además, durante este periodo los representantes de los trabajadores podrán estar asistidos por expertos externos, entre los que se encuentran los representantes de organizaciones sindicales a nivel europeo.

c.2. ‘El principio “antes-después” como mecanismo para evitar una huida de los sistemas tradicionales de participación de los trabajadores

c.2.1. Constitución y objeto del principio

Uno de los pilares básicos sobre los que se construye la regulación de la implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas Europeas es el denominado “principio antes y después”⁸⁶⁹, mediante el cual el legislador comunitario ha pretendido no perjudicar las fórmulas de implicación de los trabajadores de las que estos vinieran disfrutando⁸⁷⁰. No obstante este principio no es exclusivo de la Directiva que nos ocupa, sino que surge a mediados de los años setenta⁸⁷¹, de manera transversal a otras iniciativas europeas⁸⁷², para evitar que la aprobación de iniciativas comunitarias terminara provocando una devaluación de los derechos preexistentes de los trabajadores, aunque su efectividad actual tiene numerosas e importantes excepciones.

⁸⁶⁹ La propia Directiva 2001/86 reconoce que “la protección de los derechos adquiridos es un principio fundamental y un objetivo declarado de la presente Directiva” Considerando 18 de la misma. Al respecto *vid.* también, GARRIDO PÉREZ, Eva, “La Sociedad Europea...”, *op. cit.*, p. 251-253. También denominado como *non regression clause*, *vid.* MONEREO PÉREZ, José Luis, *et al.*, *La participación de los trabajadores...*, *op. cit.* p. 77.

⁸⁷⁰ Se ha llegado a afirmar que el principio antes-después es el verdadero pilar sobre el que se vertebra toda la regulación de la implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea, ÁLVAREZ GIMENO, Rafael, “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea...”, *op. cit.*, p. 317. No obstante, otros autores han puesto en duda si el principio “antes-después” tiene más de virtual que de real por la amplia libertad dejada a la negociación colectiva, *vid.* ELORZA GUERRERO, Fernando, “La protección de los derechos adquiridos...”, *op. cit.*, p. 355.

⁸⁷¹ ELORZA GUERRERO, Fernando, “La protección de los derechos adquiridos...”, *op. cit.*, p. 349.

⁸⁷² El principio antes-después ha sido incorporado algunas veces entre los considerandos de las iniciativas (Directivas 97/81, 2000/79, 96/34); otras veces aparece reflejado en el propio articulado (art. 8.1 Directiva 75/34, art. 7 Directiva 77/187, art. 16 Directiva 94/33); o recogida tanto en los considerandos como en el articulado (Directiva 92/85), *vid.* INSA PONCE DE LEÓN, Fernando-Luis, *Los derechos de implicación...*, *op. cit.*, p. 278.

El principio antes-después actúa como límite a la autonomía de las partes⁸⁷³. Recuérdese que la Sociedad Anónima Europea debe construirse de manera obligatoria sobre una sociedad preexistente, por ello, puede ocurrir que esa sociedad previa cuente con algún mecanismo de cogestión o de participación de los trabajadores. En consecuencia, la norma europea procura garantizar que la conversión de una sociedad nacional en una sociedad europea no sea aprovechada, obviamente por la dirección empresarial, para reducir la participación de los trabajadores en la gestión de la empresa, degradando los derechos que les reconociera previamente la legislación nacional o algún acuerdo entre representantes de los trabajadores y dirección empresarial⁸⁷⁴.

El artículo 3.4 de la Directiva 2001/86 contempla la única excepción al principio “antes-después” al imponer una mayoría cualificada para que la comisión negociadora pueda acordar una reducción de los derechos de participación de los trabajadores⁸⁷⁵. En este sentido, se entenderá por reducción de los derechos de participación una proporción de miembros en los órganos de dirección o supervisión de la Sociedad Anónima Europea inferior al nivel de implicación más alto existente entre las sociedades que participan en la constitución de la nueva Sociedad Anónima Europea.

Para poder adoptar la decisión anticipada de finalización de las negociaciones serán necesarios dos tercios de los miembros de la comisión, que representen al menos a dos tercios de los trabajadores, incluidos los votos de los miembros que representen a trabajadores contratados en, al menos, dos Estados miembros.

c.2.2. Problemas en la aplicación del principio “antes-después”

No obstante, la garantía de conservación de los derechos adquiridos presenta algunas dificultades en su aplicación en el ámbito de los derechos de implicación de los trabajadores. En concreto, se pueden identificar problemas relacionados con la propia eficacia de la garantía y otros vinculados a la promoción de los derechos de participación.

⁸⁷³ En este sentido, puede afirmarse que la Directiva 2001/86 es menos dispositiva que las Directivas sobre los Comités de Empresa Europeos, que amparaba un mayor ámbito de flexibilidad para las partes, *vid.* RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan M., “La implicación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 387.

⁸⁷⁴ El conjunto normativo trata de evitar que la aparición de esta nueva figura societaria sea usada como un mecanismo de huida de los sistemas de participación que la tradición europea ha ido gestando en cada Estado miembro o en cada organización productiva, *vid.* MONEREO PÉREZ, José Luis, *et al.*, *La participación de los trabajadores...*, *op. cit.* p. 73.

⁸⁷⁵ No obstante, se ha señalado que el art. 3.4 Directiva 2001/86 no enuncia en rigor una excepción a la inaplicación del principio “antes-después”, sino que su función es la de instaurar una garantía suplementaria en el supuesto de que la comisión negociadora decida una reducción de los derechos de participación, *vid.* VALDÉS DAL-RE, Fernando, “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea...”, *op. cit.*, p. 1100.

En primer lugar, la eficacia del principio “antes-después” se ve puesta en cuestión en aquellas situaciones en las que las sociedades sobre las que se construye la Sociedad Anónima Europea no posean trabajadores, por ejemplo, porque sean sociedades instrumentales o porque su actividad sea realizada directamente por los propietarios de la compañía. En estos supuestos y durante el trámite de constitución de la Sociedad Anónima Europea, no podrá negociarse obviamente con ningún representante de los trabajadores los derechos de implicación de los mismos en la nueva Sociedad Anónima Europea, pues al no existir trabajadores en las sociedades que impulsan aquélla no podrá formarse la comisión negociadora. Lamentablemente el articulado de la Directiva no ha previsto expresamente ningún procedimiento que deba ser seguido por las Sociedades Anónimas Europeas si, en un momento posterior a su constitución, aumentan su plantilla⁸⁷⁶, a pesar de que en los Considerandos de la misma se contempla que el principio “antes-después” también será de aplicación en los supuestos en los que se produzca un cambio en la empresa⁸⁷⁷. Parece, por tanto, en estos supuestos, los derechos de implicación de los trabajadores podrán verse reducidos o incluso eliminados cuando la sociedad se constituya sin trabajadores y posteriormente se incremente la plantilla⁸⁷⁸, pues no existirá ninguna negociación con representantes de los trabajadores que garanticen su adecuación a derecho.

Se ha sugerido que en los supuestos anteriores, en los que las Sociedades Anónimas Europeas son registradas y constituidas sin trabajadores y, por tanto, no se han desarrollado ninguna negociación con los representantes de los trabajadores sobre la implicación de los mismos en los órganos de dirección, una vez que la Sociedad Anónima Europea sea activada y tenga plantilla de trabajadores contratados, deberán iniciarse las correspondientes negociaciones⁸⁷⁹. Sin embargo, ningún precepto dispone expresamente tal conducta en la normativa europea. Además, como la

⁸⁷⁶ Por tanto, hay una evidente laguna cuando una sociedad vacía o durmiente es transformada o activada en un compañía completa. Así, también *vid.* REHFELDT, Udo, VOSS, Eckhard, PULIGNANO, Valeria, et al., *Employee involvement...*, *op. cit.*, p. 34.

⁸⁷⁷ Considerando 18 Directiva 2001/86: “La protección de los derechos adquiridos de los trabajadores en materia de implicación en las decisiones de la empresa es un principio fundamental y un objetivo declarado de la presente Directiva. Los derechos de los trabajadores existentes con anterioridad a la constitución de las Sociedades Anónimas Europeas representan también un punto de partida para la configuración de su derecho a la implicación en la Sociedad Anónima Europea (principio de antes-después). Esta consideración es válida en consecuencia no sólo para la nueva constitución de una Sociedad Anónima Europea sino también para las modificaciones estructurales de una sociedad europea ya constituida y para los procesos estructurales de modificación de las sociedades de que se trate”.

⁸⁷⁸ La laguna en la normativa comunitaria tampoco parece haber sido resuelta satisfactoriamente por los Estados miembro. Son excepcionales aquellos Estados que sí han incorporado normas al respecto, destaca favorablemente el caso de Austria. Al respecto *vid.* el apartado c.5.1 La representación de los trabajadores a través del Comité de Empresa de la S.

⁸⁷⁹ CREMERS, Jan y CARLSON, Anders, “SEs in the Czech Republic”, *op. cit.*, p. 119.

representación de los trabajadores se construye a partir del principio antes-después, debe tenerse en cuenta que estos casos será imposible hacer una análisis comparativo.

Ahora bien, en aquellos supuestos fraudulentos en los que se constituya una sociedad nacional sin trabajadores como medio para eludir la implicación de los trabajadores de la nueva Sociedad Anónima Europea, que comenzará a contratar trabajadores en el momento en que adquiera su personalidad jurídica propia, podría recurrirse al artículo 11 de la Directiva, que exige que a los Estados miembros que adopten las medidas adecuadas, de conformidad con el Derecho comunitario, para evitar que se recurra de forma indebida a la constitución de una Sociedad Anónima Europea con el propósito de privar a los trabajadores de los derechos de implicación que ostentasen o de hacer los mismos ineficaces. Lo que ha sido interpretado como la obligación de entablar nuevas negociaciones sobre la implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea⁸⁸⁰.

La eficacia del principio “antes-después” también se ve cuestionada en aquellas ocasiones en las que las empresas que sirven de base a la nueva Sociedad Anónima Europea sí cuenten con trabajadores, aunque estos no sean transmitidos en un primer momento a la Sociedad Anónima Europea. Aunque pudiera parecer que estamos ante supuestos sustancialmente idénticos, la diferencia radical con el problema planteado anteriormente reside en la existencia de una plantilla de trabajadores en las sociedades que sirven de base a la nueva Sociedad Anónima Europea.

Una interpretación finalista de la Directiva nos conduce a defender que las direcciones empresariales deberán entablar negociaciones con los representantes de los trabajadores de las empresas impulsoras de la Sociedad Anónima Europea, incluso aunque en un principio las sociedades impulsoras no transmitan a la nueva Sociedad ningún trabajador. En este sentido, debe advertirse que el artículo 3 de la Directiva, encargado de delimitar el marco jurídico sobre la constitución de la comisión negociadora, se refiere en todo momento a las sociedades participantes en el proceso de constitución y a sus plantillas, no a la futura plantilla de la Sociedad Anónima Europea. Además, ya hemos manifestado que la propia Directiva, considerando 18, señala que el principio “antes-después” no está reservado exclusivamente para el momento de la constitución de la sociedad, sino que deberá ser aplicado también cuando se produzcan cambios estructurales o en la estructura de la nueva Sociedad Anónima Europea. Por ello se ha argumentado que el artículo 11 de la Directiva viene a habilitar a los Estados miembros para que dispongan las

⁸⁸⁰ El recurso al artículo 11 como medio para exigir la renegociación de la implicación de los trabajadores en los supuestos de cambios estructurales ha sido defendido por CASAS BAAMONDE, María Emilia, “La implicación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 385.

normas suficientes para llevar a cabo la renegociación de la implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea⁸⁸¹

Por tanto, parece razonable exigir que las negociaciones se entablen con los representantes de los trabajadores de las sociedades impulsoras, pues son estos los que pueden garantizar que no se produzca una reducción en los derechos de participación de los que vinieran disfrutando previamente los trabajadores de las sociedades impulsoras de la nueva Sociedad Anónima Europea.

El principio “antes-después” también plantea dificultades para tutelar adecuadamente la adaptabilidad de los principios de participación de los Estados miembro a la nueva estructura comunitaria de la Sociedad Anónima Europea. Muchas legislaciones nacionales contemplan regímenes diferentes, más o menos estrictos, en función del volumen de la plantilla de las empresas, cuanto mayor es la plantilla, mayores suelen ser los compromisos de cogestión que deben respetar. Sin embargo, el principio “antes-después” solo vincula a la Sociedad Anónima Europea respecto de los derechos, pactados o de imposición legal, que vinieran aplicándose en las sociedades que impulsaron la constitución de la Sociedad Anónima Europea en el momento previo a su aparición.

Ciertamente, es problemática la ausencia de normas que vinculen a las Sociedad Anónima Europea no solo respecto de los derechos de implicación de los que venían disfrutando los trabajadores, sino sobre aquellos otros derechos que les corresponderían en el futuro en caso de que la empresa continuara desarrollando su actividad bajo la anterior forma societaria. Que la normativa comunitaria no contemple la aplicación del principio “antes-después” respecto de los derechos de implicación que se devengarán en el futuro puede incentivar a algunas sociedades nacionales a modificar su estructura societaria, a fin de que se les aplique la normativa europea y evitar respetar normas nacionales sobre participación de los trabajadores más exigentes, que les serían de aplicación en un futuro más o menos próximo, bien por los derechos de implicación contemplados por las mismas o por el número de asientos reservados a los trabajadores en los consejos de supervisión o gestión. Es decir, supongamos que una sociedad prevé que a corto o medio plazo le resultará de aplicación la normativa nacional de un Estado con estrictos requisitos de participación de los trabajadores o que también a corto o medio plazo deberá incrementar el número de asientos reservados a los trabajadores en su consejo de supervisión o de administración. Es factible conjeturar que algún empleador poco respetuoso se verá tentado de transformar su sociedad en una Sociedad Anónima

⁸⁸¹ *Ibidem*.

Europea, para evitar la normativa nacional sobre participación de los trabajadores⁸⁸². Por tanto, sería aconsejable que la legislación comunitaria contemplara que las Sociedades Anónimas Europeas deban respetar dentro de los dos años siguientes a su constitución los derechos de implicación que les habrían correspondido a los trabajadores de no haberse producido la transformación. Se plantea que las Sociedades Anónimas Europeas deban respetar el principio “antes-después” en los dos años siguientes a la constitución porque el periodo de negociaciones para poder constituirla es de un año. Parece razonable exigir el doble de tiempo que el necesario para las negociaciones para garantizar que no se producen abusos ilegítimos por las direcciones empresariales en las transformaciones en Sociedad Anónima Europea.

La ausencia de previsión específica al respecto podría ser solventada por los Estados miembro a través de sus correspondientes normas de transposición. Sin embargo, como tendremos ocasión de analizar con mayor detenimiento más adelante⁸⁸³, de forma mayoritaria han optado por obligar a las sociedades a respetar en sus cambios estructurales la normativa comunitaria sobre Sociedad Anónima Europea y no las normativas nacionales que les serían de aplicación en caso de no haberse constituido como Sociedad Anónima Europea. Esta opción, por otra parte, no resulta voluntaria sino que es el propio Reglamento 2157/2001 el que determina que los estatutos de las Sociedades Anónimas Europeas deberán respetar en todo caso las disposiciones comunitarias vigentes en cada momento relativas a la implicación de los trabajadores⁸⁸⁴.

La eficacia del principio “antes-después” se ve cuestionada en aquellos casos en los que una sociedad –nacional, transnacional o de dimensión comunitaria– que no contempla la implicación de sus trabajadores absorbe a una Sociedad Anónima Europea que sí lo hace. El Reglamento 2157/2001 y la Directiva 2001/86 carecen de

⁸⁸² En Alemania, por ejemplo, la regulación prevé diferentes estándares de implicación de los trabajadores en función de la plantilla de las sociedades, tal y como se ha puesto de manifiesto en el **Capítulo 1.II.1 El modelo alemán** como referencia. Por tanto, cuando las sociedades estén cerca de superar los 500 o los 2000 trabajadores, el número que supone su paso a un nuevo régimen jurídico más estricto de participación de sus trabajadores en los órganos de dirección de la sociedad, estas tendrán mayores incentivos para transformar su estructura en una Sociedad Anónima Europea a fin de evitar la legislación alemana. De igual forma, los incentivos a *vid.* STOLLT, Michael, KLUGE, Norbert, “The potential of employee...”, *op. cit.*, p. 184. Así mismo, sobre la constatación empírica de este efecto consultad nota al pie 669.

⁸⁸³ Para un mayor detalle sobre la forma en la que los distintos **Estados miembros han regulado los cambios producidos en las estructuras de las Sociedades Anónimas Europeas. Vid. el apartado c.5.1 La representación de los trabajadores a través del Comité de Empresa de la Sociedad Anónima Europea.**

⁸⁸⁴ Art. 12.4 Reglamento 2157/2001: “Los estatutos de las Sociedades Anónimas Europeas en ningún caso podrán ser contrarios a las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores que se hayan fijado. Cuando en virtud de la Directiva 2001/86/CE se determinen nuevas disposiciones en materia de implicación que sean contrarias a los estatutos existentes, éstos habrán de ser modificados en la medida necesaria. En ese caso, los Estados miembros podrán disponer que el órgano de dirección o el órgano de administración de la Sociedad Anónima Europea esté facultado para modificar los estatutos sin nuevo acuerdo de la junta general de accionistas”.

previsión alguna al respecto, pues estas normas solo han tenido en cuenta los procesos de fusión para alumbrar una Sociedad Anónima Europea, pero no aquellos otros conducentes a extinguir la personalidad jurídica de la sociedad europea. Sin embargo, a pesar de la laguna en la normativa específica, podemos articular una repuesta a la contingencia planteada a partir de la Directiva sobre fusiones transfronterizas. La aplicación de la citada norma obliga a que la nueva empresa, tras el proceso de fusión o absorción, deba garantizar los derechos de participación de los trabajadores durante un periodo de tres años desde que se produzca la fusión, aplicando para ello *mutatis mutandi* las disposiciones sobre participación de los trabajadores⁸⁸⁵.

Finalmente, la última de las deficiencias del principio “antes-después” es su incapacidad para promocionar los derechos de implicación en los Estados miembro, desde luego una objeción que no debe ser infravalorada. El principio asegura que los trabajadores continúen disfrutando de los mismos derechos de participación que tuvieran reconocidos previamente a la constitución de la Sociedad Anónima Europea, pero no incentiva a las empresas de Estados en los que no existan mecanismos de cogestión a incorporar pautas al respecto⁸⁸⁶.

La norma sitúa su atención en el pasado y en referencia a él garantiza un estándar mínimo, sin incluir ningún reproche jurídico a aquellos supuestos en los que las empresas impulsoras de la Sociedad Anónima Europea no dispusieran de normas de participación o de implicación de sus trabajadores. En este sentido, la norma es absolutamente ineficiente para fomentar la difusión de la implicación de los trabajadores en aquellos países que no contemplaran esta modalidad de participación.

c.3. Resultado de la negociación para la constitución de una Sociedad Anónima Europea

Lamentablemente, el maleable régimen jurídico sobre la participación de los trabajadores en los órganos de dirección o supervisión en las Sociedades Anónimas Europeas ha provocado resultados aún más decepcionantes que el referido a la propia conversión de sociedades nacionales al régimen comunitario societario, a pesar de que probablemente la transformación permite ahorrar costes de gestión a las sociedades transnacionales, aun cuando estos puedan verse parcialmente limitados

⁸⁸⁵ Art. 16.7 de la Directiva 2005/56/CE Del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2005 (DO L 310 de 25 de noviembre de 2005) relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital: “Cuando la sociedad resultante de la fusión transfronteriza esté gestionada en régimen de participación de los trabajadores, dicha sociedad deberá tomar medidas para garantizar la protección de los derechos de los trabajadores en caso de ulteriores fusiones nacionales durante un plazo de tres años después de que la fusión transfronteriza haya surtido efecto, y aplicarán *mutatis mutandis* las disposiciones establecidas en el presente artículo”. Al respecto *vid.* Comunicación sobre el reexamen de la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, 30 de septiembre de 2008, COM(2008)591 final, p. 8.

⁸⁸⁶ MORILLO BALADO, Rosario, La representación sindical..., *op. cit.*, p. 11.

por el importante papel reservado a las legislaciones nacionales por el Reglamento 2157/2001.

En este sentido, la realidad pone de manifiesto que solo el 7'1% de las Sociedades Anónimas Europeas contemplan algún tipo de implicación de sus trabajadores. El 2'4% de las sociedades activas contemplan derechos de participación de sus trabajadores en los órganos de dirección y/o control de la sociedad⁸⁸⁷. Por otra parte, el 4'7% de las Sociedades Anónimas Europeas ha optado por un régimen más flexible de implicación de sus trabajadores, contemplando derechos de participación y consulta⁸⁸⁸. Dentro de ambas corrientes son mayoritarias las sociedades alemanas, donde la participación de los trabajadores está, sin duda, fuertemente arraigada en sus relaciones laborales⁸⁸⁹.

El diálogo entre la dirección empresarial y la comisión negociadora formada por representantes de los trabajadores puede finalizar con o sin el acuerdo entre las partes.

c.3.1. Finalización de las negociaciones con acuerdo entre las partes

Las negociaciones pueden finalizar, en primer lugar, con un acuerdo entre las partes para incorporar algún mecanismo de implicación de los trabajadores en la gestión de la empresa. En principio, en este supuesto, primarán las condiciones pactadas entre las partes. De hecho, la Directiva 2001/86/CE pretende que las direcciones de las sociedades y los representantes de los trabajadores alcancen un acuerdo sobre la forma más apropiada de implicación⁸⁹⁰. Para ello, les da absoluta libertad para acordar el modelo de implicación de los trabajadores que estas consideren más adecuado a las especiales características de la compañía, del mercado en el que operan, de la tradición, etc. La única exigencia formal es que este acuerdo debe recogerse necesariamente por escrito (artículo 3.3 Directiva).

⁸⁸⁷ Existen solo 60 empresas con derechos de participación en los órganos de gobierno de las sociedades de 2.453 SE activas, *vid.* ECDB (<http://ecdb.worker-participation.eu/>), fecha de consulta: 23 de noviembre de 2015.

⁸⁸⁸ Existen solo 116 Sociedades Anónimas Europeas que prevean derechos de información y consulta a favor de sus trabajadores de 2.453 Sociedades Anónimas Europeas activas, *vid.* ECDB (<http://ecdb.worker-participation.eu/>), fecha de consulta: 23 de noviembre de 2015.

⁸⁸⁹ El 81% de las sociedades, o lo que es lo mismo 49 sociedades del total de 60 que contemplan derechos de participación para sus trabajadores, son alemanas. Además de Alemania, solo 4 Estados tienen Sociedades Anónimas Europeas domiciliadas que contemplen la implicación de sus trabajadores en los órganos de gestión: Francia 7 Sociedades Anónimas Europeas, Austria 2 Sociedades Anónimas Europeas y Hungría y Chipre 1 Sociedades Anónimas Europeas cada uno. Por otra parte, El 78'4% de las sociedades, o lo que es lo mismo, 91 sociedades del total de 116 que contemplan derechos de información y consulta, son alemanas. Además, otras sociedades domiciliadas en otros Estados también prevén la información y consulta de sus trabajadores: Francia 12 Sociedades Anónimas Europeas, Austria y Países Bajos 3 Sociedades Anónimas Europeas, Reino Unido 2 Sociedades Anónimas Europeas y Italia, Luxemburgo, Noruega, Chipre y Hungría 1 Sociedades Anónimas Europeas cada uno, *vid.* ECDB (<http://ecdb.worker-participation.eu/>), fecha de consulta: 23 de noviembre de 2015.

⁸⁹⁰ ORTIZ LALLANA, Carmen, "La participación de los trabajadores...", *op. cit.*, p. 258.

La adopción de un acuerdo por parte de la comisión requiere de la mayoría absoluta de sus miembros, incluida la mayoría absoluta de los representantes de los trabajadores (art. 3.4 Directiva). Esta mayoría cualificada entre la representación de los trabajadores garantiza que las posibles nuevas fórmulas de implicación acordadas en la Sociedad Anónima Europea en sustitución de las fórmulas de implicación que regían en la sociedad nacional previa, no devalúan la calidad de la participación de los trabajadores⁸⁹¹.

La directiva aclara, art. 3.4 *in fine*, que se entenderá por reducción de los derechos de participación una proporción de miembros de los órganos de la Sociedad Anónima Europea, en el sentido de la letra k) del artículo 2⁸⁹², inferior a la proporción más alta existente en las sociedades participantes. La Directiva delimita, por tanto, las fronteras de una comparación exclusivamente cuantitativa⁸⁹³, pero olvida establecer criterios para un análisis cualitativo o para uno cuantitativo complejo. Además, es notorio que un análisis comparativo, para comprobar si se ha producido o no una devaluación de condiciones, siempre entraña enormes dificultades para la evaluación y extracción de conclusiones. Hay excepciones, en los casos más extremos como, por ejemplo, si en la sociedad originaria existía un sistema de participación efectivo y en la nueva Sociedad Anónima Europea no existe ningún sistema de participación o este es testimonial⁸⁹⁴. En casos tan extremos obviamente será posible determinar el empeoramiento de la participación de los trabajadores. Ahora bien, en otros supuestos, la mayoría, la ponderación es mucho más compleja. Por ejemplo, será difícil determinar si hay una reducción de los derechos de participación entre tener varios representantes con voz, pero sin voto, o tener la mitad de esos mismos representantes con voz y voto.

Por tanto, ante las dificultades para determinar cuándo se produce una reducción de los derechos de participación de los trabajadores, pues la valoración termina siendo una cuestión subjetiva del evaluador, la mejor de las soluciones es posibilitar a la

⁸⁹¹ En sentido coincidente, GARRIDO PÉREZ, Eva, “La Sociedad Europea...”, *op. cit.*, p. 248.

⁸⁹² Art. 2.k Directiva 2001/86: “[A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:] participación: la influencia del órgano de representación de los trabajadores o los representantes de los trabajadores en una sociedad mediante: el derecho de elegir o designar a determinados miembros del órgano de administración o de control de la sociedad; o el derecho de recomendar u oponerse a la designación de una parte o de todos los miembros del órgano de administración o de control de la sociedad”.

⁸⁹³ CASAS BAAMONDE, María Emilia, “La implicación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 401.

⁸⁹⁴ Se ha descartado que la comparación cuantitativa sea un medio adecuado como para poder evaluar qué régimen dispensa una mayor participación de los trabajadores. La comparación numérica no puede tener en cuenta, por ejemplo, las variables: influencia, poder, estructura de la sociedad, etc. Todas ellas determinantes para poder establecer qué modelo es superior. Así, por ejemplo, cuantitativamente no hay diferencias entre elegir un representante de los trabajadores en un Consejo de administración formado por cinco representantes o elegir un representante en el Consejo de supervisión, también formado por cinco miembros, sin embargo la influencia que los trabajadores pueden ejercer en uno u otro órgano pueden ser completamente opuestas. En similares términos, *vid.* ARRIGO, Gianni, “La implicación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 24.

representación de los trabajadores una posición de bloqueo del posible acuerdo. De esta forma, serán los propios trabajadores los encargados de apreciar si sus derechos de participación se ven o no reducidos respecto del sistema de participación vigente en la compañía. En caso de que no estén de acuerdo, su capacidad de bloqueo del acuerdo les permitiría garantizar que los derechos de participación no se vean devaluados.

El acuerdo entre las partes puede tener un contenido variable, pero podría reconducirse a las siguientes posibilidades⁸⁹⁵:

- a) Establecimiento de un órgano de representación de los trabajadores que actúe como interlocutor de la dirección empresarial en los procesos de información y consulta. Esta posibilidad tiene un gran parecido con el Comité de Empresa Europeo. Por ello, el artículo 13.1 de la propia Directiva 2001/86 dispone que, en principio, a las Sociedades Anónimas Europeas no les será de aplicación la regulación de las Directivas 94/45. La regulación parece que pretende garantizar que las partes podrán acordar libremente, con la extensión y características que deseen, un órgano que pueda coincidir en algunos aspectos, incluso en sus elementos nucleares, con un Comité de Empresa Europeo. Sin que por ello vengán vinculados por la normativa sobre los Comités de Empresa Europeos. Lo cierto es que la previsión era innecesaria porque la propia regulación sobre los Comités de Empresa Europeos no fija ningún límite al acuerdo. De tal suerte que, a la vista de la regulación sobre los Comités de Empresa Europeos, ya sería posible constituir un órgano para la información y consulta que vaya más allá de las previsiones de dicha normativa. Quizá el legislador ha excluido expresamente la aplicación de la Directiva 94/45 para que las partes negociantes no se dejaren influir durante las negociaciones y negociaran a la baja. En cualquier caso, tendremos la ocasión de volver sobre ello cuando abordemos próximamente la composición del comité de empresa europeo en la Sociedad Anónima Europea articulada por las normas de referencia de la Directiva.
- b) Asimismo, la Directiva contempla la posibilidad de establecer uno o más procedimientos de información y consulta, al igual que se contemplaba en la Directiva 94/45, en defecto del comité de empresa de la Sociedad Anónima Europea.
- c) Se pueden acordar normas de participación reconociendo bien el derecho a elegir o designar a determinados miembros del órgano de administración o vigilancia, o bien el derecho a recomendar u oponerse a la designación de una parte o de la totalidad de los miembros de dichos órganos.

⁸⁹⁵ Así identificados por GARRIDO PÉREZ, Eva, “La Sociedad Europea...”, *op. cit.*, pp.249-250.

En cualquier caso, el acuerdo entre las partes, como ya hemos tenido la oportunidad de señalar en el apartado anterior, permite a las mismas acordar los límites y cláusulas que consideren adecuadas, pero siempre respetando el principio “antes-después”.

c.3.2. Finalización de las negociaciones sin acuerdo

Obviamente también es posible que las negociaciones finalicen sin que las partes hayan alcanzado un consenso. La carencia de acuerdo debe resolverse recurriendo a la normativa nacional y europea sobre representación de los trabajadores en las empresas de dimensión transnacional o a las disposiciones de referencia incluidas en la propia Directiva 2001/86, normas subsidiarias recogidas en el anexo de la Directiva que serán analizadas más adelante.

En primer lugar, puede ocurrir que los representantes de los trabajadores en la comisión negociadora mediante una triple mayoría –dos tercios de la comisión negociadora que representen, además, a dos tercios de los trabajadores, incluidos los votos de miembros que representen a trabajadores de, al menos, dos Estados– decidan no iniciar las negociaciones o terminar las mismas, anticipadamente o tras el transcurso del oportuno periodo de consultas⁸⁹⁶. Por ejemplo, porque existan discrepancias internas entre los miembros de la comisión negociadora o con los órganos de dirección que actúan de interlocutores o para evitar obstaculizar la creación de la Sociedad Anónima Europea, cuando los representantes entiendan que sus necesidades de participación e implicación son cubiertas a través de otras vías. En estos casos, la Sociedad Anónima Europea se inscribirá en el registro mercantil del Estado miembro en el que se sitúe su domicilio social sin contar con órganos de implicación de los trabajadores al amparo de la Directiva 2001/86. No obstante, el artículo 13.1 Directiva 2001/86 dispone que, en estos casos, la Sociedad Anónima Europea pasará a quedar vinculada por las Directivas 94/45 y 2009/38 sobre los Comités de Empresa Europeos y las normas nacionales de trasposición de las mismas. Por tanto, en estos casos la Sociedad Anónima Europea deberá constituir un Comité de Empresa Europeo conforme a las normas y disposiciones que ya han sido analizadas anteriormente.

Una matización sobre la anterior previsión debe ser realizada, la sumisión a las Directivas 94/45 y 2009/38, mandatada por la Directiva 2001/86, obviamente debe requerir que la Sociedad Anónima Europea tenga dimensión comunitaria⁸⁹⁷, de lo contrario no resultará de aplicación la legislación europea sobre representación transnacional de los trabajadores. Como se señaló, las empresas de dimensión comunitaria al amparo de las Directivas 94/45 y 2009/38 son aquellas que empleen a

⁸⁹⁶ GARRIDO PÉREZ, Eva, “La Sociedad Europea...”, *op. cit.*, p. 253.

⁸⁹⁷ INSA PONCE DE LEÓN, Fernando-Luis, *Los derechos de implicación...*, *op. cit.*, p. 265.

1.000 o más trabajadores en los Estados miembros y, por lo menos en dos Estados miembros diferentes, emplee a 150 o más trabajadores en cada uno de ellos. Por tanto, se plantea el interrogante de qué régimen jurídico deberá aplicarse a las Sociedades Anónimas Europeas que no tengan dimensión comunitaria, es decir, que no empleen al número necesario de trabajadores, porque obviamente las Sociedades Anónimas Europeas sí cumplirán con el requisito de tener presencia en varios Estados, pues también forma parte de las exigencias para poder constituir la Sociedad Anónima Europea.

La cuestión debe resolverse acudiendo a las legislaciones nacionales sobre representación de los trabajadores. Aunque es cierto que el artículo 13.2 de la Directiva 2001/86 excluye la posibilidad de aplicar las normas nacionales sobre participación, distintas de las previstas en la Directiva 2001/86⁸⁹⁸, el citado precepto se refiere a la participación, concepto que según la propia norma debe ser interpretado como cogestión de los trabajadores. Dicha exclusión cohonesto con la previsión del artículo 3.6 de la Directiva⁸⁹⁹, que impone las disposiciones nacionales sobre información y consulta de los trabajadores cuando los representantes de los trabajadores hayan decidido finalizar o no iniciar las negociaciones pertinentes.

Por tanto, la solución derivada de la integración de las diferentes normas reseñadas obliga a considerar que sí serán de aplicación las normativas nacionales sobre implicación de los trabajadores siempre que no impliquen la participación de los trabajadores, entendida dicha participación de forma restrictiva como cogestión. La interpretación lamentablemente provoca que la Sociedad Anónima Europea se vea sometida a una atomización de leyes nacionales, justo el objetivo contrario del perseguido por la Directiva.

Si bien la aplicación de las legislaciones nacionales garantiza que, al menos, en todas las Sociedades Anónimas Europeas se articulen órganos de representación de los trabajadores, aunque sea a costa de someter la Sociedad Anónima Europea a una pluralidad normativa no deseable, no aborda la participación de los mismos en la gestión de la empresa. Se puedan constituir o no Comités de Empresa Europeos, se constituyan o no órganos de representación de los trabajadores al amparo de las normativas nacionales, lo cierto es que la cogestión representa un sistema de

⁸⁹⁸ Art. 13.2 Directiva 2001/86 “Las disposiciones en materia de participación de los trabajadores en los órganos sociales previstas por la legislación o la práctica nacionales distintas de las de aplicación de la presente Directiva no se aplicarán a las sociedades constituidas con arreglo al Reglamento (CE) n° 2157/2001, e incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Directiva”.

⁸⁹⁹ Art. 3.6 Directiva 2001/86 “La comisión negociadora podrá decidir, por la mayoría prevista más adelante, no iniciar negociaciones o terminar las negociaciones ya iniciadas y basarse en las disposiciones sobre información y consulta de los trabajadores que estén vigentes en los Estados miembros en que la Sociedad Anónima Europea tenga trabajadores. Dicha decisión pondrá fin al procedimiento destinado a la adopción del acuerdo previsto en el Artículo 4 Cuando se haya tomado dicha decisión, no se aplicará ninguna de las disposiciones del anexo [...]”.

implicación mucho más intenso y eficaz que la información y consulta a nivel transnacional, a través de las Directivas 94/45 y 2009/38 o de las normas nacionales, sobre las que ya hemos afirmado específicamente en diversas ocasiones que no ofrecen soluciones adecuadas y realistas a la producción empresarial en una realidad plurinacional. Por ello, en aras a consolidar un modelo de relaciones laborales europeo, sería aconsejable que el legislador comunitario introdujera la obligación de incorporar mecanismos de participación en las Sociedades Anónimas Europeas, a través del respeto a las normas nacionales sobre cogestión o, lo que sería ciertamente más meritorio, eliminando la posibilidad de constituir una Sociedad Anónima Europea sin un mecanismo de participación de los trabajadores en todos los supuestos.

No obstante, el régimen anterior descrito, que no obliga a incorporar mecanismos de participación de los trabajadores en los órganos de administración y control de las sociedades, se ve exceptuado en aquellos supuestos en los que en las empresas impulsoras de la Sociedad Anónima Europea existiera previamente un sistema de participación de los trabajadores. En este sentido, el artículo 4.4 de la Directiva, que limita la autonomía negociadora de las partes⁹⁰⁰, contempla que las sociedades transformadas deberán contemplar un nivel de implicación de los trabajadores que sea, al menos, equivalente al de todos los instrumentos de implicación existentes previamente en la sociedad que antecedió a la Sociedad Anónima Europea.

La previsión anterior es coherente con el principio “antes-después” que inspira el conjunto de la Directiva⁹⁰¹. No obstante, su aplicabilidad en la práctica despliega importantes dificultades. El artículo 4.4 se limita a manifestar que el acuerdo de implicación de la Sociedad Anónima Europea por transformación debe respetar, al menos, el estándar de participación vigente previamente a la conversión, sin embargo no impone un plazo para exigir o aplicar con carácter subsidiario las normas de referencia contempladas en la Directiva. Ello permite que la Sociedad Anónima Europea sea registrada, conforme al Reglamento 2157/2001⁹⁰², y funcionar

⁹⁰⁰ Así reconocido por la propia Comisión en el Comunicación sobre el reexamen de la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, 30 de septiembre de 2008, COM(2008)591 final, p. 4.

⁹⁰¹ Los supuestos de Sociedades Anónimas Europeas por transformación han sido señalados como el paradigma de la aplicación del principio “antes-después” pues condiciona la autonomía colectiva obligando a respetar los derechos de implicación de los que se vinieran disfrutando en la empresa antes de la transformación, supuesto excepción dado el limitado alcance de este principio en defecto de la autonomía colectiva, ELORZA GUERRERO, Fernando, “La protección de los derechos adquiridos...”, *op. cit.*, p. 356.

⁹⁰² Art. 12.2 Reglamento 21/57/2001 “No podrá registrarse ninguna Sociedad Anónima Europea salvo que se haya celebrado un acuerdo de implicación de los trabajadores en virtud del artículo 4 de la Directiva 2001/86/CE, se haya tomado una decisión en virtud del apartado 6 del artículo 3 de la mencionada Directiva o haya expirado el período de negociaciones conforme al artículo 5 de la Directiva sin que se haya celebrado ningún acuerdo”.

plenamente conforme a las reglas comunitarias sin respetar efectivamente en la práctica el estándar de implicación previo⁹⁰³.

Sin duda, sería aconsejable corregir esta deficiencia normativa, bien impidiendo el registro y funcionamiento de la Sociedad Anónima Europea en estos supuestos, en tanto en cuanto no se alcanza un acuerdo sobre la implicación de los trabajadores, o bien permitiendo el registro, pero aplicando a la nueva Sociedad Anónima Europea el régimen de implicación previsto en la sociedad previa tras un razonable periodo de tiempo. En este sentido, podría ser acertado extender el periodo de negociaciones previsto en el artículo 5 de la Directiva, que establece que las negociaciones se desarrollarán por un periodo de seis meses prorrogable de común acuerdo hasta un año máximo de un año desde que se iniciaron las negociaciones. Así, podría contemplarse que la Sociedad Anónima Europea constituida mediante la transformación de una sociedad previa pudiera ser registrada sin haber alcanzado un acuerdo transcurrido un año como máximo desde que se iniciaron las negociaciones y permitir a las partes continuar con las negociaciones para tratar de alcanzar un acuerdo antes de seis meses, prorrogable de común acuerdo hasta un máximo de un año, pasado este periodo se aplicaría el régimen previo de participación.

En segundo lugar, la imposibilidad de llegar a un acuerdo entre las partes puede resolverse también a través de la aplicación de las disposiciones de referencia previstas por la legislación del Estado miembro en el que vaya a situarse la sede social de la Sociedad Anónima Europea, que obligatoriamente deberán respetar las normas subsidiarias previstas en el Anexo de la Directiva 2001/86, cuyo contenido material será analizado más adelante.

Esta solución se aplicará excepcionalmente conforme al art. 7.1.b Directiva 2001/86 en aquellos supuestos en los que las partes, a pesar de no llegar a un acuerdo propio sobre las condiciones que han de regir la implicación de los trabajadores en su sociedad, así lo decidan; cuando se haya agotado el periodo de negociaciones sin alcanzar un acuerdo y sin que la comisión negociadora haya renunciado a la aplicación de la Directiva 2001/86, en esos supuestos los órganos competentes de cada una de las sociedades participantes deberán decidir aceptar la aplicación de las disposiciones de referencia relativas a la Sociedad Anónima Europea y continuar el procedimiento de registro de la Sociedad. Además, también se aplicarán las disposiciones supletorias de la Directiva en aquellos supuestos en los que a pesar de que las partes hayan alcanzado un acuerdo este sea nulo⁹⁰⁴. En este sentido, la

⁹⁰³ De manera coincidente, GARRIDO PÉREZ, Eva, “La Sociedad Europea...”, *op. cit.*, p. 255.

⁹⁰⁴ Aunque la Directiva no lo contemple expresamente, la aplicación de las normas subsidiarias a los supuestos nulos es defendida por ÁLVAREZ GIMENO, Rafael, “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea...”, *op. cit.*, p. 321. Se deberá volver a negociar, ÁLVAREZ GIMENO, Rafael, “La implicación de los trabajadores en la Sociedad...”, *op. cit.*, p. 626.

transposición española ha previsto que cuando el acuerdo de constitución de la Sociedad Anónima Europea hubiera sido intencionadamente configurada con el propósito de privar a los trabajadores de sus derechos de implicación o de perjudicarlos, o con posterioridad al registro de la Sociedad Anónima Europea se hubieran producido cambios sustanciales en el seno de esta o de sus empresas filiales con este mismo propósito, y así se declare por sentencia judicial, deberá procederse a una nueva negociación art. 26 Ley 31/2006 .

Dentro de las normas de referencia, debemos diferenciar el régimen de las disposiciones de información y consulta y de las de participación, pues la Directiva somete a estas últimas normas subsidiarias a un régimen más restrictivo que al resto de las normas de referencia⁹⁰⁵. En este sentido, el artículo 7.2 de la Directiva reserva las normas subsidiarias sobre participación de los trabajadores en los órganos de dirección y control de la sociedad para aquellos supuestos en los que la sociedad o sociedades que sirven de base a la nueva Sociedad Anónima Europea ya vinieran vinculadas por normas que impongan la cogestión de sus trabajadores, lo que de nuevo confirma el principio “antes-después” que inspira el conjunto de la Directiva.

El legislador comunitario, por tanto, ha tenido que hacer un esfuerzo por aportar criterios para determinar cuándo las sociedades preexistentes estaban vinculadas por normas de cogestión. Esta tarea se ha construido sobre las tres formas a partir de las cuales puede crearse una Sociedad Anónima Europea –por transformación, por fusión o por la creación de una sociedad holding o una filial–. Las diferencias entre estos tres modelos pueden residir en las particularidades de estos modelos.

La transformación supone la novación de una sociedad en una nueva entidad, por lo que determinar si el sujeto anterior venía vinculado por normas de cogestión es relativamente sencillo, quizá por ello en este supuesto se consagra con todo vigor el principio “antes-después”⁹⁰⁶.

Por otra parte, mientras en la fusión el legislador comunitario ha establecido que las normas supletorias se deberán aplicar siempre que antes de la constitución de la Sociedad Anónima Europea los trabajadores ya fueran beneficiarios de derechos de participación en una o más sociedades, siempre que adicionalmente, tales derechos afectasen al menos al 25% del total de los trabajadores que presten sus servicios para el conjunto de las sociedades implicadas en el proceso de fusión. Por su parte, en caso de constitución de una Sociedad Anónima Europea a través de un holding o una filial la Directiva exige que, al menos, el 50% de los trabajadores de las empresas implicadas en la constitución de la Sociedad Anónima Europea disfruten de normas

⁹⁰⁵ Así, ORTIZ LALLANA, Carmen, “La participación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 261.

⁹⁰⁶ VALDÉS DAL-RE, Fernando, “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea...”, *op. cit.*, p. 1104.

sobre cogestión. Así, mientras que en la fusión las sociedades impulsoras previas dejan de existir en la creación del holding o de la filial estas sociedades pueden subsistir a la formalización de la Sociedad Anónima Europea. La extinción de las sociedades impulsoras puede justificar el trato más estricto de la fusión, donde debe garantizarse los derechos de participación de los trabajadores, respecto de la creación de un holding o filial, donde la supervivencia de las sociedades impulsoras lo hacen quizás menos necesario, pues los trabajadores no perderán sus derechos de participación, pues los seguirán disfrutando en sus sociedades de origen, que siguen existiendo tras la creación de la Sociedad Anónima Europea.

Finalmente, el artículo 7.3 de la Directiva contempla de forma excepcional que los Estados miembros podrán prever que las disposiciones de referencia sobre participación no se apliquen en los supuestos de Sociedad Anónima Europea creadas a partir de la fusión de varias sociedades preexistentes⁹⁰⁷. A pesar de lo que pueda parecer, este régimen especial sobre la participación de los trabajadores no perjudica los derechos que vinieran disfrutando y, por tanto, no contradicen el principio general “antes-después” que inspira la Directiva⁹⁰⁸. No lesiona los derechos de los trabajadores porque el artículo 12.3 del Reglamento 2157/2001 impone que para que una Sociedad Anónima Europea pueda registrarse en un Estado miembro que haya ejercido la potestad a que se refiere el apartado 3 del artículo 7 de la Directiva 2001/86, o bien deberá haberse celebrado un acuerdo voluntario de implicación – incluida la participación– de los trabajadores, o bien ninguna de las sociedades participantes deberá haber estado sujeta a las normas de participación antes de la inscripción de la Sociedad Anónima Europea. Por tanto, se garantiza que aquellos trabajadores que en las sociedades previas a la Sociedad Anónima Europea hubieran disfrutado de derechos de participación lo sigan haciendo, pues de lo contrario la Sociedad Anónima Europea no podrá ser registrada⁹⁰⁹. En este supuesto el legislador comunitario sí ha asegurado correctamente los derechos de participación de los trabajadores, pues la Sociedad Anónima Europea no puede inscribirse salvo que se alcance un acuerdo, disposición similar es precisamente la que se reclamaba para el supuesto de las Sociedades Anónimas Europeas por transformación que, como hemos

⁹⁰⁷ Esta previsión es una cláusula *opting-out* –es decir, los Estados tienen la potestad de excluir este supuesto de sus normas de trasposición– incluida dentro del articulado de la Directiva a iniciativa del legislador español. No obstante, el ordenamiento español no hizo uso de esta facultad de exclusión. En este sentido, ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio, “Información, consulta y participación...”, *op. cit.*, p. 119; MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, Lourdes, “Disposiciones subsidiarias...”, *op. cit.*, p. 193.

⁹⁰⁸ El carácter no restrictivo de esta opción de “*opting-out*” ha sido defendida por ÁLVAREZ GIMENO, Rafael, “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea...”, *op. cit.*, p. 321.

⁹⁰⁹ Por tanto, la normativa europea sobre Sociedad Anónima Europea no puede servir como instrumento para eludir la participación de los trabajadores en caso de fusión, riesgo específico contra el que alertó el Dictamen del CESE sobre “el Estatuto de la sociedad anónima europea” aprobado por el Pleno el de 11 de diciembre de 1997, (C129/1, DOCE de 27 de abril de 1998), p. 2.

visto, deben asegurar los derechos participativos que vinieran disfrutando los trabajadores previamente, pero que lamentablemente sí pueden resultar inscritas y, en consecuencia, funcionar con normalidad en el tráfico jurídico.

En conclusión, la falta de acuerdo entre las partes o cuando el acuerdo es para no incorporar los mecanismos de participación previstos en la Directiva 2001/86 provoca que no quede asegurada correctamente la participación de los trabajadores en la gestión empresarial en las sociedades europeas. Para lograr que toda sociedad cuente con mecanismos de participación, por tanto, sería aconsejable establecer mecanismos de cogestión transnacionales incluso en aquellas sociedades que no tengan la consideración de Sociedad Anónima Europea.

Quizá una fórmula para acometer dicho objetivo podría ser que las legislaciones nacionales sobre la cogestión ampliaran la participación de los trabajadores a los empleados de otros Estados. Estos representantes extranjeros podrían llegar a integrarse en los órganos de la sociedad eligiendo a sus propios representantes proporcionalmente⁹¹⁰. Obviamente, la ampliación del órgano conllevará una pérdida de influencia de los sindicatos nacionales que pasarían a tener que compartir su influencia en los mecanismos de cogestión.

Otra posible propuesta, más adecuada y que garantizaría una mayor efectividad de la cogestión, al menos a nivel europeo, sería que la Unión Europea estableciera una regulación para homogeneizar las fórmulas de implicación de los trabajadores en los distintos Estados, sin que dicha participación quede condicionada a la conversión de la sociedad en una entidad de derecho comunitario.

No obstante, en la práctica esta disposición no asegura suficientemente los derechos de participación de los trabajadores ante la evolución de la plantilla de la sociedad. Por ejemplo, el ordenamiento alemán, que ya hemos tenido la oportunidad de analizar sucintamente, dispone un régimen jurídico diferente en función de la plantilla de la sociedad, a más plantilla mayor será la participación de los trabajadores en la empresa. Por tanto, podría ocurrir que una sociedad se convierta en Sociedad Anónima Europea debiendo respetar, al menos, la participación de la subparitaria —el régimen menos garantista— y que, con el paso del tiempo, la sociedad alcance un grado mayor. Lamentablemente la regulación comunitaria no ha contemplado la obligación de adaptar a lo largo del tiempo el régimen de participación a las previsiones nacionales que les serían de aplicación en caso de ser una sociedad nacional y no una Sociedad Anónima Europea⁹¹¹.

⁹¹⁰ No obstante, si se extiende el sufragio a los trabajadores en otros Estados y, además, se les concede representación propia en los órganos de dirección de la empresa, se deberá limitar el tamaño de esos órganos, GREIFENSTEIN, Ralph, *Perspectivas de la cogestión empresarial...*, op. cit., p. 33.

⁹¹¹ GREIFENSTEIN, Ralph, *Perspectivas de la cogestión empresarial...*, op. cit., p. 30.

Finalmente, que la comisión negociadora renuncie a iniciar las negociaciones o las de por finalizadas sin haber alcanzado un acuerdo sobre la implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea, sometiéndose a las normas que acabamos de precisar, no supone su resignación a no alcanzar nunca un acuerdo de implicación. El artículo, 3.6 de la Directiva contempla que la comisión negociadora volverá a ser convocada cuando así lo soliciten, por escrito, el 10% por lo menos de los trabajadores de la Sociedad Anónima Europea, de sus filiales y establecimientos o de sus representantes, siempre que hayan transcurrido al menos dos años desde la fecha de la citada decisión, salvo que las partes acuerden reiniciar las negociaciones con anterioridad.

La apertura del proceso negociador requiere de un requisito objetivo cuantitativo, la petición formal de al menos el 10% de los trabajadores, al contrario que el periodo inicial de negociaciones que comienza obligatoriamente tras el proyecto de constitución de la Sociedad Anónima Europea a instancias de las direcciones empresariales⁹¹². En caso de que nuevamente no fuera posible alcanzar un acuerdo, la implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea se seguiría rigiendo por las normas las directivas 94/45 y 2009/38 y por las normas nacionales que las traspusieron.

La renegociación de la implicación de los trabajadores requiere de una última matización. La literalidad del artículo 3.6 de la Directiva plantea el interrogante de si la nueva apertura de negociaciones debe realizarse con la comisión negociadora primigenia, la que rechazó en un primer momento la negociación, o si debe constituirse una nueva comisión conforme a los criterios de la Directiva para entablar el nuevo proceso de negociación⁹¹³. Debe defenderse la necesidad de constituir una nueva comisión, lo contrario supondría entender que la comisión permanece constituida hasta que se concluye un acuerdo y, por tanto, sus miembros están protegidos por las garantías previstas por los ordenamientos nacionales para los representantes de los trabajadores. Esta argumentación parece a todas luces contradictoria con al esencia de la comisión negociadora, un órgano *ad hoc* elegido exclusivamente para dirigir las negociaciones con los representantes de los trabajadores cuyo mandato representativo finaliza con el acuerdo o con la declaración de la comisión de terminar con las negociaciones.

⁹¹² Al respecto, CASAS BAAMONDE, María Emilia, “La implicación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 421.

⁹¹³ Art. 3.6 Directiva 2001/86: “La comisión negociadora volverá a ser convocada cuando así lo soliciten, por escrito, el 10% por lo menos de los trabajadores de la Sociedad Anónima Europea, de sus filiales y establecimientos o de sus representantes, siempre que hayan transcurrido al menos dos años desde la fecha de la citada decisión, salvo que las partes acuerden reiniciar las negociaciones con anterioridad. Si la comisión negociadora decide reanudar las negociaciones con la dirección, pero no se llega a un acuerdo como resultado de dichas negociaciones, no se aplicará ninguna de las disposiciones del anexo”.

En cualquier caso, en nuestro país, una u otra alternativa conducen al mismo escenario, pues en caso de convocar la antigua comisión se podrá activar el mecanismo expreso previsto por el artículo 7.5.b) de la Ley 31/2006, que traspuso en nuestro ordenamiento el contenido de la Directiva 2001/86⁹¹⁴, que contempla las reglas de modificación de la comisión negociadora por pérdida de la condición de representantes de sus miembros y actualizar su composición⁹¹⁵.

c.4. El funcionamiento de los órganos de representación en la Sociedad Anónima Europea

La regulación comunitaria atribuye a los Estados la obligación de prever los mecanismos y disposiciones necesarias para que los miembros de la comisión negociadora, del órgano de representación, los expertos que los asistan o los representantes de los trabajadores en el marco de un procedimiento de información y consulta no puedan revelar a la terceros la información que les haya sido comunicada con carácter confidencial (art. 8.1 Directiva 2001/86). La obligación de confidencialidad perdurará independientemente del lugar en el que se encuentren, incluso tras la expiración de su mandato.

Asimismo, cada Estado deberá prever en qué casos específicos y en qué condiciones y límites, el órgano de control o de administración de la Sociedad Anónima Europea o de una sociedad participante establecida en su territorio no estará obligado a comunicar información que, por su naturaleza, pudiera, según criterios objetivos, crear graves obstáculos al funcionamiento de la Sociedad Anónima Europea (o, en su caso, de la sociedad participante), o de sus filiales y establecimientos u ocasionar perjuicios a los mismos; Si bien, el propio Estado podrá supeditar esta posibilidad a una autorización previa de carácter administrativo o judicial (art. 8.2 Directiva 2001/86).

De igual forma, cada Estado miembro podrá establecer disposiciones especiales en favor de las Sociedades Anónimas Europeas establecidas en su territorio que persigan directa y sustancialmente un objetivo de orientación ideológica relativo a la información y a la expresión de opiniones, siempre que en la fecha de adopción de la

⁹¹⁴ Art. 3.7.b Ley 31/2006: “Cuando se haya producido la pérdida del mandato representativo nacional de un miembro de la comisión negociadora o de los representantes nacionales de los trabajadores que procedieron a su elección o designación, y así lo solicite un 10 por ciento al menos de los trabajadores de las empresas y centros de trabajo en representación de los cuales fue elegido o designado el miembro en cuestión, o de sus representantes: [...] b) Cuando se haya producido la pérdida del mandato representativo nacional de un miembro de la comisión negociadora o de los representantes nacionales de los trabajadores que procedieron a su elección o designación, y así lo solicite un 10 por ciento al menos de los trabajadores de las empresas y centros de trabajo en representación de los cuales fue elegido o designado el miembro en cuestión, o de sus representantes”.

⁹¹⁵ CANO GALÁN, Yolanda, “Procedimiento de negociación...”, *op. cit.*, p. 162.

presente Directiva dichas disposiciones existan ya en la legislación nacional (art. 8.3 Directiva 2001/86).

Para salvaguardar todas las disposiciones anteriores, los Estados articularán los recursos administrativos o judiciales necesarios para los representantes de los trabajadores puedan hacer uso de ellos cuando el órgano de control o de administración de la Sociedad Anónima Europea o de una sociedad participante exija confidencialidad o no facilite información (art. 8.4 Directiva 2001/86).

En el ejercicio de las funciones que les son propias, la regulación comunitaria garantiza a los miembros de la comisión negociadora, los miembros del órgano de representación, los representantes de los trabajadores que ejerzan sus funciones en el marco de un procedimiento de información y consulta y a los representantes de los trabajadores que formen parte del órgano de control o de administración de una Sociedad Anónima Europea que sean trabajadores de la Sociedad Anónima Europea, de sus filiales o establecimientos o de una sociedad participante que gozarán, en el ejercicio de sus funciones, de la misma protección y garantías previstas para los representantes de los trabajadores en la legislación o en la práctica nacional vigente en su país de empleo. Estas garantías se extienden expresamente a la participación de los representantes de los trabajadores en las reuniones de la comisión negociadora, del órgano de representación o de las reuniones celebradas dentro de los procesos de información y consulta acordados. Su participación no supondrá en ningún caso una reducción salarial (art. 10 Directiva 2001/86).

Como cláusula de salvaguarda⁹¹⁶, la Directiva impone a los Estados la obligación de incorporar las medidas adecuadas de conformidad con el Derecho comunitario, para evitar que se recurra de forma indebida a la constitución de una Sociedad Anónima Europea con el propósito de privar a los trabajadores de los derechos de implicación que ostentasen o de hacer los mismos ineficaces (art. 11 Directiva 2001/86).

c.5. Las normas de referencia

Las disposiciones de referencia son normas subsidiarias, recogidas en el anexo de la Directiva 2001/86, que sirven para regular la implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea en caso de que las partes no alcancen un acuerdo. Son, en este sentido, la salvaguarda de los derechos adquiridos de implicación de los trabajadores⁹¹⁷. Estas reglas establecen unas normas mínimas de funcionamiento de los dos sistemas complementarios de implicación de los trabajadores que pueden

⁹¹⁶ También ha sido denominado “pasador de seguridad”, ORTIZ LALLANA, Carmen, “La participación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 263.

⁹¹⁷ ÁLVAREZ GIMENO, Rafael, “La implicación de los trabajadores en la Sociedad...”, *op. cit.*, p. 615.

articularse a partir de la Directiva⁹¹⁸. La creación de un órgano de información y consulta y la participación e los trabajadores en los órganos de administración y control de la sociedad.

En primer lugar, el órgano de representación de los trabajadores para canalizar sus demandas de información y consulta, el Comité de Empresa en la Sociedad Anónima Europea, está regulado en los apartados primero y segundo del anexo de la Directiva 2001/86, sobre la composición del órgano de representación de los trabajadores y sobre disposiciones de referencia sobre información y consulta respectivamente. Por tanto, las normas subsidiarias no contemplan la posibilidad de que la Sociedad Anónima Europea cuente con procedimiento de información y consulta en lugar de con un órgano de representación de los trabajadores, opción sí prevista expresamente en el las normas que disciplinan el régimen convencional de la participación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea. En segundo lugar, el apartado tercero del anexo de la Directiva incorpora las disposiciones de referencia sobre la participación de los trabajadores en los órganos de dirección de las empresas. A continuación abordaremos la regulación de estos mecanismos con mayor detenimiento.

Las normas de referencia previstas por la Directiva 2001/86 resultan de aplicación, con carácter general, en primer lugar, cuando las partes así lo acuerdan o cuando no haya sido posible alcanzar un acuerdo (art. 7.1.a Directiva 2001/86). En segundo lugar, cuando los órganos de dirección competentes de las sociedades fundadoras acepten la aplicación de las normas de referencia y los comisión negociadora no haya decidido terminar las negociaciones sin acuerdo y aceptar la aplicación de las normas sobre información y consulta previstas en las legislaciones nacionales de los Estados en los que la nueva Sociedad Anónima Europea emplee a trabajadores (art. 7.1.b Directiva 2001/86).

La regulación prevista por la Directiva parece tener influencia de los requisitos subsidiarios previstos por la Directiva 94/45/CE sobre la constitución del Comité de Empresa Europeo y, a su vez, parece haber condicionado la redacción de la Directiva 2009/38/CE, mediante la cual se actualizó el régimen de constitución de los Comités de Empresa Europeos, ambas ya analizadas anteriormente. Las tres Directivas recogen unas regulaciones subsidiarias muy similares, cuyos influjos quedan explicados por la cercanía de las materias que abordan y por la sucesión temporal en la que fueron adoptadas. No obstante, parece que la aplicación de las normas subsidiarias en la Directiva 2001/86 es más fácil que las previstas en los supuestos de

⁹¹⁸ GARRIDO PÉREZ, Eva, “La Sociedad Europea...”, *op. cit.*, p. 256.

creación de los Comités de Empresa Europeos⁹¹⁹, porque en el caso que nos ocupa en este momento la adopción de algún mecanismo de implicación es requisito necesario para el registro de la Sociedad Anónima Europea y, por tanto, para su válida constitución. Por tanto, finalmente la necesidad de alcanzar un acuerdo para constituir válidamente la Sociedad Anónima Europea llevará a las partes a someterse al régimen subsidiario o a incorporar su contenido material como parte de un acuerdo ordinario de implicación al margen de las normas subsidiarias.

En cualquier caso, las normas de referencia no pueden ser demasiado restrictivas porque de serlo se correría el riesgo de disuadir a las empresas de optar por someterse al régimen jurídico de la Sociedad Anónima Europea⁹²⁰, dificultando con ello los objetivos perseguidos por la propia normativa europea. En este sentido, se entiende que las normas de referencia no sean muy exigentes y que las mismas puedan exceptuarse en determinados supuestos.

La regulación de las normas de referencia pueden condicionar y desincentivar la participación de los trabajadores en la empresa. Por ejemplo, aquellas empresas fundadoras que no estuvieran sometidas a normas nacionales sobre la participación de los trabajadores en la gestión, por tanto, las sociedades no estarán sometidas a las normas de referencia de la Directiva 2001/86 sobre participación. En estos casos, las direcciones de las sociedades pueden no estar interesadas en alcanzar un acuerdo sobre la participación de los trabajadores y someterse al régimen de las disposiciones de referencia relativas al régimen de información y consulta, menos exigente que los procesos de información y consulta⁹²¹. Por tanto, aunque la Sociedad Anónima Europea parece ser el gran referente en la implicación de los trabajadores en la gestión de la empresa, lo cierto es que hay demasiadas vías de escape a la participación en los órganos de decisión de la sociedad.

⁹¹⁹ TERRADILLOS ORMAETXEA, Edurne, “La participación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 1082. No obstante, en sentido contrario se ha señalado que una la lectura de conjunto de las normas de referencia parece ofrecer mayores estímulos para que las partes opten por decantarse por un modelo de implicación convencional, al margen de estas disposiciones, con el único límite establecido por el principio “antes-después”. Pues el acuerdo es más flexible que las normas de referencia. En este sentido, se ha señalado que las normas de referencia son más rígidas, por ejemplo, por que eliminan la posibilidad de sustituir los órganos de información y consulta por procedimientos informales o porque la aplicación de las normas de referencia deberá ir precedida de un análisis complejo sobre cuándo es posible aplicar estas normas, *vid.* VALDÉS DAL-RE, Fernando, “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea...”, *op. cit.*, p. 1102.

⁹²⁰ Similar reflexión puede ser hallada en el Dictamen del CESE sobre “el Estatuto de la sociedad anónima europea” aprobado por el Pleno el de 11 de diciembre de 1997, (C129/1, DOCE de 27 de abril de 1998), p. 2, §3.7.

⁹²¹ *Vid.* ARRIGO, Gianni, “La implicación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 26.

c.5.1. La representación de los trabajadores a través del Comité de Empresa de la Sociedad Anónima Europea

El primero de los apartados de las normas de referencia previstas por la Directiva 2001/86 contempla que, en caso de tener que aplicar estas normas, en los supuestos ya reseñados, el modelo de representación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea se articulará a través de la constitución de un comité de empresa, coincidente con la dimensión comunitaria de la sociedad (CEEse), y no por la aprobación de uno o más procedimientos de información y consulta⁹²². Esta segunda opción, como se recordará, puede ser legítimamente adoptada por las empresas que no se somatan al régimen de las normas de referencia, que se limita a aquellos supuestos en los que las empresas por acción u omisión consienten la aplicación de las normas de referencia.

Los marcos regulatorios de los Comités de Empresa en las Sociedades Anónimas Europeas y los Comités de Empresa Europeos, que se constituyen en las empresas de dimensión europea, como a continuación analizaremos, presentan más puntos de coincidencia que aspectos conflictivos. Sin embargo, en la práctica, los Comités de Empresa en las Sociedades Anónimas Europeas suponen un fortalecimiento de los derechos de información y consulta de los trabajadores respecto de los Comités de Empresa Europeos, sobre todo en aquellos supuestos en los que la empresa hubiera optado por transformar en Comités de Empresa en las Sociedades Anónimas Europeas aquellos Comités de Empresa Europeos adoptados de forma voluntaria⁹²³, es decir, aquellos que se acordaron antes de la entrada en vigor de la Directiva 94/45/CE, o aquellos acuerdos celebrados al amparo del artículo 13 de la Directiva 94/45/CE, que establecía que los acuerdos adoptados desde la aprobación de la Directiva hasta el 22 de septiembre del año 1996 no estarían vinculados por las obligaciones derivadas de la misma⁹²⁴.

El fortalecimiento de la calidad de la articulación de la representación de los trabajadores a través de los Comités de Empresa en las Sociedades Anónimas Europeas, respecto de los Comités de Empresa Europeos, es provocado por la incorporación de algunas mejoras concretas⁹²⁵. En concreto, la transformación de un Comité de Empresa Europeo en un Comité de Empresa en la Sociedad Anónima

⁹²² VALDÉS DAL-RE, Fernando, “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea...”, *op. cit.*, p. 1106. La limitación quizá responda a que la articulación del Comité de Empresa en la Sociedad Anónima Europea es el mecanismo más eficaz para la correcta articulación de los procesos de información y consulta en el ámbito transnacional, ÁLVAREZ GIMENO, Rafael, “La implicación de los trabajadores en la Sociedad...”, *op. cit.*, p. 616.

⁹²³ STOLLT, Michael, KLUGE, Norbert, “The potential of employee...”, *op. cit.*, p. 187.

⁹²⁴ Sobre los acuerdos voluntarios *vid.* pp. 104 y ss.

⁹²⁵ Al respecto, *vid.* REHFELDT, Udo, VOSS, Eckhard, PULIGNANO, Valeria, et al., *Employee involvement...*, *op. cit.*, pp. 54-55, 65.

Europea puede suponer un incremento del número de miembros del órgano de representación; la creación de un comité restringido para la gestión diaria del Comité de Empresa en la Sociedad Anónima Europea o, en su caso, el aumento del número de miembros que lo componen; un aumento en la frecuencia de las reuniones con el órgano de representación de los trabajadores; la incorporación de la previsión de celebrar reuniones extraordinarias; la incorporación de expertos a tiempo completo; y, finalmente, el derecho a propiciar iniciativas con el objetivo de alcanzar acuerdos con la dirección empresarial. Como puede observarse, todas las mejoras citadas en los nuevos Comités de Empresa en las Sociedades Anónimas Europeas son medidas que ya eran posible de adoptar en los Comités de Empresa Europeos previos y, de hecho, son adoptadas con normalidad por muchos Comités de Empresa Europeos. La mayor calidad que se detecta en los Comités de Empresa en las Sociedades Anónimas Europeas no proviene, por tanto, de medidas concretas reservadas exclusivamente a los comités de las Sociedades Anónimas Europeas, sino que la incorporación de dichas medidas son el síntoma de la fortaleza de la representación de los trabajadores en la empresa al pasar de una empresa o grupo de empresa de dimensión comunitaria a una Sociedad Anónima Europea. En otras palabras, la representación de los trabajadores en los Comités de Empresa en las Sociedades Anónimas Europeas es una etapa más madura, más evolucionada en comparación con la defensa de los derechos de los trabajadores que suele articularse a través de los Comités de Empresa Europeos. Por consiguiente, parece que las empresas que han optaron por una representación a través de los Comités de Empresa en las Sociedades Anónimas Europeas, hubieran aceptado un incremento de la profundidad de esa representación en beneficio de los trabajadores, tras un primer acercamiento a la representación transnacional de los trabajadores a través de su Comité de Empresa Europeo.

No obstante, sí existe una característica que separa de forma sustancial los Comités de Empresa Europeos y los Comités de Empresa en las Sociedades Anónimas Europeas. Mientras que el campo de actuación de los primeros queda limitado al conocimiento de cuestiones transnacionales, tal y como se puso de manifiesto cuando se analizaron estos comités, el Comité de Empresa en la Sociedad Anónima Europea tiene un ámbito menos restrictivo y no se limita solo a las cuestiones que afecten a la Sociedad Anónima Europea en su conjunto, sino que se extiende también a las cuestiones que puedan afectar a uno o varios centros de trabajo o empresas filiales⁹²⁶. Conceder la capacidad de conocer sobre todas las cuestiones que puedan afectar a todos los centros de trabajo y empresas de la Sociedad Anónima Europea está en consonancia con el objeto por el que se creó la propia Sociedad Anónima Europea. No olvidemos que uno de los efectos positivos de esta sociedad era precisamente

⁹²⁶ SOLÁ MONELLS, Xavier, "La participación de los trabajadores...", *op. cit.*, p. 148; MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, Lourdes, "Disposiciones subsidiarias...", *op. cit.*, p. 203.

constituir los órganos de representación de los trabajadores en el nivel en el que se tomen las decisiones. Por tanto, como ya hemos señalado, se trata de internacionalizar la estructura jurídica de la sociedad para internacionalizar también la representación de los trabajadores. Proceso que necesariamente pasa por reconocer las máximas competencias al órgano de representación transnacional, en lugar de configurarlo como un órgano que solo conoce de algunos asuntos transnacionales.

Los miembros de este órgano canalizador de la información y consulta de los trabajadores de la Sociedad Anónima Europea serán elegidos o designados en proporción al número de trabajadores empleados en cada Estado miembro por las sociedades participantes y las filiales y establecimientos afectados, a razón de un puesto en cada Estado miembro por cada 10% o fracción del total de trabajadores empleados por las sociedades participantes y las filiales y establecimientos afectados en el conjunto de los Estados miembros. La influencia de la Directiva 2001/86 en la regulación que más tarde se incorporaría a la Directiva 2009/38 es clara en este punto y difiere del régimen previsto en la Directiva 94/45.

Los representantes de los trabajadores que formarán parte del órgano serán elegidos o designados con arreglo a las legislaciones o prácticas nacionales, por y entre los representantes de los trabajadores nacionales de la Sociedad Anónima Europea o, en su defecto, por el conjunto de los trabajadores.

Las normas de referencia contemplan que los Estados miembros adoptarán las disposiciones necesarias para garantizar que el número de miembros del órgano de representación y la asignación de los puestos se adapten para tener en cuenta los cambios producidos en la Sociedad Anónima Europea, sus filiales y establecimientos.

Sin embargo, a pesar del llamamiento expreso de la Directiva 2001/86, solo Austria ha optado por introducir una definición detallada de qué debe entenderse por cambio estructural y cuándo este debe desencadenar la renegociación de la implicación de los trabajadores en la empresa⁹²⁷. El resto de los Estados de forma generalizada no han clarificado qué debe entenderse por cambio estructural, de tal suerte que se somete a

⁹²⁷ STOLLT, Michael, KLUGE, Norbert, “The potential of employee...”, *op. cit.*, p. 185. Las siguientes circunstancias son identificadas con cambios estructurales por el ordenamiento austriaco: la transferencia de la sede social de la empresa, un cambio en la forma en que la empresa se rige, el cierre, recortar o transmisión de empresas o de los establecimientos de la empresa, los fusión de las plantas o los negocios y la adquisición de participaciones importantes en otras empresas, en la medida en éstos tienen un impacto significativo en su estructura general. Además grandes cambios en el número de empleados de la compañía y sus subsidiarias son también identificados como cambios estructurales, *vid.* <http://www.worker-participation.eu/European-Company-SE/Countries-Transposition/Compare-countries-transposition/Structural-change-Austria> (consultado 13 de diciembre de 2015).

las partes a la incertidumbre de no conocer previamente qué modificaciones deben suponer una revisión de la implicación de los trabajadores⁹²⁸.

Mención aparte merecen aquellos ordenamientos que sí han previsto la revisión del marco de participación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea, pero solo cuando la operación de constitución de la Sociedad Anónima Europea se hubiera realizado con la manifiesta y voluntaria intención de reducir o privar a los trabajadores de sus derechos de implicación en la gestión. La mayoría de los Estados suele limitar la renegociación al año siguiente en el que se produjo la constitución de la Sociedad Anónima Europea fraudulentamente⁹²⁹. Si bien esta previsión solventa en parte los problemas de eficacia del principio “antes-después”⁹³⁰, solo lo hace cuando la privación de derechos se desencadenó de forma dolosa por parte de la dirección empresarial. Sin embargo, las transposiciones nacionales no salvaguardan los derechos de participación de los trabajadores en aquellos supuestos en los que no es posible determinar el ánimo defraudatorio en la dirección empresarial, ni en aquellos otros en los que el abuso de derecho en la constitución de la Sociedad Anónima Europea se consiga acreditar pasado el tiempo máximo previsto por la legislación nacional.

En consecuencia con lo anterior, sería aconsejable que los Estados hubieran contemplado la posibilidad de equiparar las normas de participación nacionales con el régimen aplicable a la Sociedad Anónima Europea, al menos, durante un cierto periodo tras la constitución de la Sociedad Anónima Europea, independientemente de si la constitución de la nueva sociedad fue realizada de forma dolosa por la dirección empresarial. Quizá fuera adecuado que los Estados contemplaran que, independientemente de la voluntad por la que se recurrió a la constitución de la Sociedad Anónima Europea, se deba renegociar las condiciones en el caso en el que dentro de los dos años posteriores a su constitución se produjera una modificación estructural que afectara a los derechos de participación de los trabajadores. El límite

⁹²⁸ Una comparación exhaustiva entre todos los Estados miembros puede encontrarse en: <http://www.worker-participation.eu/European-Company-SE/Countries-Transposition/Compare-countries-transposition/Structural-change> (Consultado 13 de diciembre de 2015).

⁹²⁹ El abuso de derecho como supuesto que obliga a renegociar el marco de implicación en la gestión empresarial de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea ha sido previsto por Dinamarca dentro de los dos años siguientes a la constitución de la Sociedad Anónima Europea; Austria, Estonia, Finlandia, Alemania, Luxemburgo, Reino Unido y Suecia limitan la renegociación dentro del año siguiente a la constitución de la Sociedad Anónima Europea; Italia, Irlanda, España y Polonia no fijan un periodo temporal concreto; finalmente, Lituania contempla que deberá acometerse la renegociación de la implicación de los trabajadores si “poco después” de la constitución de la Sociedad Anónima Europea se produce algún cambio esencial.

⁹³⁰ El principio “antes-después” no garantiza que la evolución y cambios estructurales de la Sociedad Anónima Europea respeten los derechos de implicación de los Estados de origen. En otras palabras, una empresa podría fraudulentamente decidir transformar su régimen jurídico y someterse al de la Sociedad Anónima Europea para evitar que un cercano incremento de plantilla suponga el aumento del número de puestos que se deben reservar a los trabajadores en los órganos de dirección (por ejemplo, en Alemania pasar de 1.900 a 2.000 trabajadores), al respecto, *vid. supra* apartado C.2.

debería quedar sin efecto para aquellos supuestos en los que la constitución de la Sociedad Anónima Europea se realizó en perjuicio de sus trabajadores para no premiar ninguna actitud fraudulenta en la construcción de las relaciones laborales comunitarias.

En cualquier caso, la dirección de la Sociedad Anónima Europea estará informada de la composición del órgano de representación de los trabajadores. Obligación básica y razonable, si lo que se quiere potenciar es la información y consulta de los trabajadores por la dirección empresarial, obviamente esta requiere conocer quiénes forman la representación de los trabajadores.

En aras a una mayor agilidad en la actuación del comité, dada su composición plurinacional con la consecuente distancia geográfica entre los miembros del comité, la normativa ha previsto la posibilidad de constituir un comité restringido compuesto por un máximo de tres miembros. Sin duda, ello potencia el papel de control e información del comité en el día a día, sin tener que esperar a las reuniones anuales acordadas.

El extenso margen de actuación dejado al acuerdo entre las partes se deja sentir también en cuanto al funcionamiento interno del comité. Pues la Directiva se limita a señalar que deberá ser el propio comité el que se dote de un reglamento de régimen interno, sobre el que no se establece ningún límite.

Finalmente, cuatro años después de la constitución del órgano de representación, éste deliberará sobre si deben entablarse negociaciones con vistas a la celebración del acuerdo que se menciona en los artículos 4 y 7 de la Directiva o si deben mantenerse vigentes las disposiciones de referencia establecidas con arreglo al presente anexo.

Los artículos 3 (apartados 4 a 7) y 4 a 6 de la Directiva se aplicarán, *mutatis mutandis*, si se decide, negociar un acuerdo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4 de la Directiva, en cuyo caso la expresión “la comisión negociadora” se sustituirá por la expresión “el órgano de representación”. Cuando, transcurrido el plazo en el cual las negociaciones deben terminar, no se haya llegado a un acuerdo, seguirán aplicándose las reglas adoptadas inicialmente conforme a las disposiciones de referencia.

El régimen subsidiario previsto por la Directiva, contempla un limitado catálogo de competencias, que puede ser superado en la negociación colectiva entre las partes, Las competencias del Comité de Empresa en la Sociedad Anónima Europea previstas por el anexo II de la Directiva pueden diferenciarse competencias ordinarias (art. 17.2 LCEEse) y extraordinarias (art. 17.3)⁹³¹.

⁹³¹ ÁLVAREZ GIMENO, Rafael, “La implicación de los trabajadores en la Sociedad...”, *op. cit.*, p. 619.

La Directiva contempla que “la competencia del órgano de representación se limitará a las cuestiones que afecten a la Sociedad Anónima Europea en sí misma y a cualquiera de sus filiales o establecimientos situados en otros Estados miembros o a aquellos que excedan de la competencia de los órganos de decisión en un solo Estado miembro⁹³²”. La desafortunada redacción no clarifica exactamente las fronteras de las competencias de la Sociedad Anónima Europea. El último inciso de la previsión de la Directiva 2001/86, al referirse a aquellos asuntos que excedan de la competencia de los órganos de decisión en un solo Estado, parece inducir a estimar que la información y consulta deberá limitarse a aquellos supuestos que desborden las fronteras de los Estados nación. En este sentido, parecería que se sigue el modelo de las Directivas 94/45 y 2009/38 que, como se recordará, restringen claramente la competencia del Comité de Empresa Europeo a aquellas cuestiones que afecten al conjunto de la empresa o de los Estados miembros o al menos dos establecimientos de los Estados miembros.

No obstante, las cuestiones que afecten a la Sociedad Anónima Europea no tienen por qué constreñirse a un nivel superior al Estado nación, porque la actividad de las Sociedades Anónimas Europeas, al contrario de las empresas o grupos de empresas en los que se constituyen los Comités de Empresa Europeos⁹³³, se desarrolla bajo la misma figura contractual en todos los Estados de la Unión. Por tanto, no es posible y no es deseable establecer una frontera artificial entre la producción en un Estado y el nivel comunitario sobre el que se ha construido la dirección empresarial de la Sociedad Anónima Europea y la representación de los trabajadores. En este sentido, el órgano de información y consulta podrá avocar a su conocimiento o consulta todos aquellos asuntos que considere de su interés dentro de la Sociedad Anónima Europea. Aunque, obviamente, por razones organizativas en la práctica podrá permitir que los procesos de información y consulta que, en principio, solo afecten a unidades productivas radicadas en un único Estado sean lideradas por los órganos representativos constituidos al amparo de la legislación de ese Estado.

El régimen de las reuniones que deben celebrarse entre la dirección empresarial y el órgano de representación de los trabajadores reproduce un esquema similar al previsto para los Comités de Empresa Europeos. Así, sin perjuicio de las reuniones celebradas por motivos excepcionales, el órgano de representación tendrá derecho a ser informado y consultado, al menos, una vez al año por el órgano competente de la Sociedad Anónima Europea, sobre la base de informes periódicos elaborados por el órgano competente, en relación con la evolución y perspectivas de las actividades de

⁹³² Anexo Directiva 2001/86, Parte 2, Letra a).

⁹³³ En el caso de los Comités de Empresa Europeos la actividad de las empresas o de los establecimientos suele hacerse a través de figuras jurídicas diferentes y propias de cada uno de los Estados nación.

la Sociedad Anónima Europea. La presidencia de estas reuniones se determinará por las legislaciones nacionales.

El órgano competente de la Sociedad Anónima Europea proporcionará al órgano de representación el orden del día de las reuniones del órgano de administración o, cuando proceda, del órgano de dirección y control, así como copia de todos los documentos presentados a la junta general de accionistas. La reunión se referirá en particular a la estructura, la situación económica y financiera, la evolución probable de las actividades, de la producción y de las ventas, la situación y la evolución probable del empleo, las inversiones, los cambios sustanciales relativos a la organización, la introducción de nuevos métodos de trabajo o nuevos procesos de producción, los traslados de producción, las fusiones, reducciones de tamaño o cierres de empresas, de establecimientos o de partes importantes de éstos, y los despidos colectivos. Se reproduce casi literalmente el contenido del apartado segundo del anexo de la Directiva 94/45 sobre el contenido de las reuniones entre las direcciones empresariales y los Comités de Empresa Europeos. Sin embargo, sí se aprecian diferencias con la actualización que efectuó posteriormente la Directiva 2009/38 de esta previsión subsidiaria⁹³⁴. El legislador comunitario optó en el año 2009 por diferenciar entre aquellas materias que debían ser objeto de información y aquellas otras que debían ser objeto de información y consulta.

El régimen de reuniones del órgano de representación de los trabajadores cuando concurren razones excepcionales sigue un modelo idéntico al previsto subsidiariamente para el Comité de Empresa Europeo. El comité de representación de los trabajadores de la Sociedad Anónima Europea podrá reunirse con la dirección de la Sociedad Anónima Europea cuando concurren circunstancias excepcionales que afecten de modo considerable a los intereses de los trabajadores, y en particular en los casos de traslados, ventas, cierre de empresas o establecimientos o despidos colectivos, el órgano de representación tendrá derecho a ser informado. El órgano de representación o, cuando así lo decida –en particular por razones de urgencia–, el comité restringido tendrá derecho a reunirse, a petición propia, con el órgano competente de la Sociedad Anónima Europea o con cualquier otro nivel de dirección más adecuado de la Sociedad Anónima Europea que sea competente para adoptar decisiones propias, para que se les informe y consulte sobre las medidas que afecten considerablemente a los intereses de los trabajadores.

⁹³⁴ Apartado 1.a) Anexo I Directiva 2009/38: “La información del comité de empresa europeo se referirá en particular a la estructura, la situación económica y financiera, la evolución probable de las actividades, la producción y las ventas de la empresa o del grupo de empresas de dimensión comunitaria. La información y la consulta al comité de empresa europeo se referirán sobre todo a la situación y evolución probable del empleo, las inversiones, los cambios sustanciales que afecten a la organización, la introducción de nuevos métodos de trabajo o de nuevos métodos de producción, los traslados de producción, las fusiones, la reducción del tamaño o el cierre de empresas, de establecimientos o de partes importantes de estos, y los despidos colectivos”.

La obligatoriedad de las reuniones entre la dirección empresarial y el órgano de representación de los trabajadores no afectarán a las prerrogativas del órgano competente de la Sociedad Anónima Europea para adoptar las decisiones que considere oportunas, pues las competencias de este órgano son exclusivamente de información y consulta. No obstante, cuando el órgano competente decida no seguir la opinión o el criterio manifestado por el órgano de representación, este último tendrá derecho a reunirse de nuevo con el órgano competente de la Sociedad Anónima Europea a fin de intentar alcanzar un acuerdo. En el caso de una reunión organizada con el comité restringido, los miembros del órgano de representación que representen a los trabajadores directamente afectados por las medidas en cuestión tendrán también derecho a participar.

En cuanto al funcionamiento interno del comité de trabajadores de la Sociedad Anónima Europea, de cara a participar en estos proceso de información y consulta, antes de cualquier reunión con el órgano competente de la Sociedad Anónima Europea, el órgano de representación o el comité restringido estarán facultados para reunirse sin que estén presentes los representantes de la dirección de la Sociedad Anónima Europea. Ya advertimos, cuando se abordó el análisis de los Comités de Empresa Europeos, que la facultad de celebrar reuniones preparatorias a las reuniones con la dirección empresarial favorece el trabajo del órgano de representación

La actuación de los representantes de la Sociedad Anónima Europea estará sometida al principio de confidencialidad general previsto en el artículo 8 de la Directiva 2001/86. No obstante, sin perjuicio del mismo, los miembros del órgano de representación deberán informar a los representantes de los trabajadores de la Sociedad Anónima Europea y de sus filiales y establecimientos acerca del contenido y del resultado de los procedimientos de información y consulta.

En la medida en que sea necesario para el desempeño de sus funciones, los miembros del órgano de representación tendrán derecho a un permiso de formación sin pérdida de salario.

La financiación del funcionamiento del órgano de representación correrá a cargo de la Sociedad Anónima Europea, que dotará a los miembros del mismo de los recursos financieros y materiales necesarios para que puedan cumplir adecuadamente su cometido.

En particular, la Sociedad Anónima Europea se hará cargo, salvo que se convenga otra cosa, de los gastos de organización de las reuniones y de interpretación, así como de los gastos de alojamiento y viaje de los miembros del órgano de representación y del comité restringido. Asimismo, la Sociedad Anónima Europea asumirá los gastos derivados del asesoramiento por expertos de su elección del órgano de representación y del comité restringido

Respetando estos principios, los Estados miembros podrán fijar normas relativas a la financiación del funcionamiento del órgano de representación. En particular, podrán limitar la financiación a un solo experto.

c.5.2. La participación de los trabajadores

El anexo de las normas de referencia previstas por la Directiva 2001/86 finaliza con aquellas disposiciones referidas a la participación de los trabajadores de la Sociedad Anónima Europea en los órganos de dirección de la sociedad. Este apartado recoge, sin duda, las normas de referencia más distintivas por su contenido de la Directiva 2001/86. Pues, al contrario que en los Comités de Empresa de empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria, en la Sociedad Anónima Europea sí se contempla que en determinados supuestos los trabajadores puedan participar en los órganos de dirección.

No obstante, las reglas subsidiarias sobre la participación de los trabajadores en los órganos de administración y control vienen precedidas de unas reglas especiales que delimitan cuándo es preceptivo aplicar estas normas subsidiarias⁹³⁵, su estudio ha sido expuesto anteriormente cuando se ha analizado el resultado de las negociaciones sin acuerdo, a ello nos remitimos ahora.

En caso de que la Sociedad Anónima Europea haya sido constituida mediante la transformación de sociedades preexistentes, si las normas de un Estado miembro relativas a la participación de los trabajadores en el órgano de administración o de control se aplicaban antes de su inscripción como Sociedad Anónima Europea, todos los elementos de la participación de los trabajadores continuarán siendo de aplicación en la Sociedad Anónima Europea. La Directiva consagra, por tanto, con total rotundidad y firmeza en este supuesto el principio “antes-después”.

En los demás casos de constitución de una Sociedad Anónima Europea –mediante fusión o mediante la creación de un holding o sociedad filial–, los trabajadores de la sociedad, de sus filiales y establecimientos o sus órganos de representación tienen derecho a elegir, designar, recomendar u oponerse a la designación de un número de miembros del órgano de administración o de control de la Sociedad Anónima Europea igual a la mayor de las proporciones vigentes en las sociedades participantes de que se trate antes de la inscripción de la Sociedad Anónima Europea. Es decir, si dos sociedades se fusionaran para crear una Sociedad Anónima Europea, en una de las cuales los trabajadores nombran al 25% del Consejo de Administración y en la otra pueden elegir a representantes en el Consejo hasta el 10%, la nueva Sociedad Anónima Europea deberá respetar el mayor de los porcentajes y, por tanto, los

⁹³⁵ VALDÉS DAL-RE, Fernando, “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea...”, *op. cit.*, p. 1104.

trabajadores de la nueva sociedad de dimensión europea podrán elegir el 25% del Consejo⁹³⁶. Recuérdese que el porcentaje mínimo de trabajadores vinculados por derechos de participación en el caso de una fusión es del 25%. Porcentaje que se eleva hasta el 50% en los casos de constitución de una sociedad holding o filial, tal y como señalamos.

Si ninguna de las sociedades participantes estuviera regida por las normas de participación antes de la inscripción de la Sociedad Anónima Europea, ésta no estará obligada a establecer disposiciones en materia de participación de los trabajadores.

El órgano de representación decidirá sobre el reparto de los puestos en el seno del órgano de administración o de control entre los miembros representantes de los trabajadores de los diferentes Estados miembros, o sobre la forma en que los trabajadores de la Sociedad Anónima Europea pueden recomendar el nombramiento de miembros de estos órganos u oponerse al mismo, en función de la proporción de trabajadores de la Sociedad Anónima Europea empleados en cada Estado miembro. Si los trabajadores de uno o más Estados miembros no están cubiertos por este criterio proporcional, el órgano de representación designará un miembro originario de uno de dichos Estados miembros, en particular del Estado miembro de la sede estatutaria de la Sociedad Anónima Europea cuando ello sea oportuno. Cada Estado miembro podrá determinar la forma de reparto de los puestos que le sean atribuidos en el seno del órgano de administración o de control.

Todo miembro del órgano de administración o, en su caso, del órgano de control de la Sociedad Anónima Europea que haya sido elegido, designado o recomendado por el órgano de representación o, según los casos, por los trabajadores, será miembro de pleno derecho, con los mismos derechos y obligaciones que los miembros que representen a los accionistas, incluido el derecho de voto.

d. La Sociedad Anónima Europea en el ordenamiento español

El régimen societario de la Sociedad Anónima Europea fue traspuesto a nuestro ordenamiento, en un primer momento, mediante la Ley 19/2005, sobre la Sociedad Anónima europea domiciliada en España⁹³⁷, sustituida más tarde mediante el Real Decreto Legislativo 1/2010, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital⁹³⁸, en especial por su Título XIII. Por otra parte, el legislador español optó por transponer en nuestro ordenamiento las fórmulas de implicación de

⁹³⁶ VALDÉS DAL-RE, Fernando, “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea...”, *op. cit.*, p. 1105.

⁹³⁷ Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la la Sociedad Anónima domiciliada en España (BOE núm. 273, 15 de noviembre de 2005).

⁹³⁸ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE núm. 161, 3 de julio de 2010).

los trabajadores en las Sociedad Anónima Europea y en las Sociedades Cooperativas Europeas a través de la Ley 31/2006, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas⁹³⁹.

Ambas normas nacionales incorporan a nuestro ordenamiento jurídico el esquema de regulación diseñado por el Reglamento y la Directiva comunitarios, concretando aquellos aspectos que la legislación europea remitió a las soluciones nacionales.

Así, por ejemplo, la Ley 31/2006 concreta que el periodo de negociaciones se iniciará a partir de que se presente por los órganos de administración o dirección de las sociedades participantes el proyecto de constitución de la Sociedad Anónima Europea⁹⁴⁰. Una vez publicado dicho proyecto en el Registro Mercantil (art. 457 RDL 1/2010) los citados órganos llevarán a cabo las gestiones necesarias para entablar las negociaciones con los representantes de los trabajadores en el plazo máximo de 45 días (art. 5 Ley 31/2006).

Otro aspecto destacado, que quizá sea el más interesante de la transposición⁹⁴¹, es que la legislación española tuvo que permitir que todas las Sociedades Anónimas Europeas españolas puedan organizar su gestión a través de un solo órgano de dirección –sistema monista– o de un órgano de dirección y otro de supervisión –sistema dual–, a pesar de que la dirección de las sociedades en nuestro país se han regido tradicionalmente por el sistema monista⁹⁴². La elección estuvo claramente influenciada por la normativa europea, que, para conciliar todos los ordenamientos nacionales, posibilitó que las Sociedad Anónima Europea puedan optar por ambos sistemas.

La Directiva 2001/86 guardó silencio sobre cómo debía realizarse el cómputo de los trabajadores que empleen las empresas a fin de poder determinar el número de trabajadores que compondrán la comisión negociadora. El artículo 21 Ley 31/2006 establece que este cálculo se realizará tomando en consideración la totalidad de los trabajadores empleados por dichas sociedades, empresas y centros de trabajo, incluidos los trabajadores con contratos temporales o de duración determinada y a tiempo parcial, en el momento al que se refiera el cálculo en cuestión. Por tanto, el

⁹³⁹ Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas (BOE núm. 250, de 19 de octubre de 2006).

⁹⁴⁰ El proyecto de Sociedad Anónima Europea puede ser, siguiendo el esquema marcado por la Directiva 2001/86, un proyecto de fusión, de constitución de una Sociedad Anónima Europea holding, de constitución de una Sociedad Anónima Europea filial o de transformación de una sociedad en una Sociedad Anónima Europea.

⁹⁴¹ GONZÁLEZ BEGEGA, Sergio y KÖLER, Holm-Detlev, “La Sociedad Anónima Europea...”, *op. cit.*, p. 77.

⁹⁴² No obstante, se ha criticado la escasa regulación del modelo dual en la transposición española, llena de remisiones al régimen de administración de la sociedad anónima. Habría sido preferible una regulación más completa del modelo dual, *vid.* GÓRRIZ LÓPEZ, Carlos, “La Sociedad Anónima Europea...”, *op. cit.*, p. 86.

cálculo de esta comisión constituye una excepción dentro de nuestro ordenamiento, que ha previsto un cómputo especial de los contratos de duración determinada (art. 72 ET)⁹⁴³. Este cómputo objetivo, en un momento temporal concreto, no podrá reflejar fielmente la plantilla de la sociedad, pues esta podrá tener más o menos trabajadores con contratos de duración determinada de la media que suela tener. Por ello, para evitar que los cálculos se diferir, habría sido más recomendable seguir el modelo previsto por el Estatuto de los Trabajadores para el caso de los trabajadores con contratos de duración determinada.

También debe abordarse la composición de la comisión negociadora, como se ha señalado cuando hemos abordado el estudio de las disposiciones de la Directiva, la normativa europea se limita a remitir a los Estados miembro la forma de designar a los miembros de la comisión y a que estos determinen si entre dichos miembros pueden figurar representantes sindicales. En el caso español, el artículo 29.1 de la Ley 31/2006 ha determinado que los representantes que deban formar parte de la comisión negociadora y del órgano de representación o control serán designados por acuerdo de aquellas representaciones sindicales que en su conjunto sumen la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa y delegados de personal, en su caso, o por acuerdo mayoritario de dichos miembros y delegados. En todo caso, esta designación deberá hacerse de forma proporcional a la representación obtenida por cada sindicato en las elecciones a representantes de los trabajadores en el conjunto de los centros de trabajo. Es interesante destacar que podrán formar parte de la comisión de negociación representantes sindicales externos a la plantilla de trabajadores⁹⁴⁴, que pertenezcan a una organización sindical más representativa el nivel estatal o a una representativa en el ámbito de las sociedades participantes, art. 29.2 de la Ley 31/2006. Sin embargo, la designación de los miembros de los órganos de representación o control deberá recaer en un trabajador de la Sociedad Anónima Europea o de sus centros de trabajo o empresas filiales que tenga la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical. No es fácil explicar por qué el legislador ha optado por sindicalizar fuertemente el período de negociaciones y no lo ha hecho con la composición de los órganos de representación y control, quizá la motivación tras esta decisión fuera que el legislador entendiera que era necesario asegurar la “paridad de armas” durante unas negociaciones intrincadas, en las que los representantes de los trabajadores de las

⁹⁴³ CANO GALÁN, Yolanda, “Procedimiento de negociación...”, *op. cit.*, p. 96.

⁹⁴⁴ Los Estados miembro se hayan dividido casi al cincuenta por ciento entre aquellos que contemplan la posibilidad de que representantes externos puedan formar parte de la comisión investigadora –como Italia, Portugal, Reino Unido, República Checa o Alemania– y aquellos otros que ni prohíben ni permiten expresamente dicha posibilidad –como Bulgaria, Dinamarca, Grecia, Suecia o Eslovenia–. Al respecto, *vid.* los datos facilitados por el Instituto Sindical Europeo a través del portal: <http://www.worker-participation.eu/European-Company-SE/Countries-Transposition/Compare-countries-transposition/SNB-external-union-experts> (Fecha última consulta: 6 enero 2016).

empresas participantes, podrían no pudieran reivindicar adecuadamente sus derechos en caso de actuar en solitario, mientras que tras la constitución se optó por relajar el conflicto entre las partes para potenciar el papel de colaboración que se espera de los órganos de gestión y representación⁹⁴⁵.

En cuanto a la eficacia jurídica y la forma del acuerdo entre la representación de los trabajadores y los órganos competentes de las sociedades participantes, otras de las grandes lagunas de la Directiva 2001/86⁹⁴⁶, este resultará de aplicación a todos los centros y filiales de la Sociedad Anónima Europea incluidos dentro de su ámbito de aplicación. Para ello deberá ser formalizado por escrito, bajo sanción de nulidad, y depositarlo ante la autoridad laboral competente para su correspondiente registro y publicación (art. 12.2 Ley 31/2006).

La obligación de que el acuerdo figure por escrito en nuestro ordenamiento, además de servir como un elemento básico para garantizar la seguridad jurídica entre las partes, viene impuesta por el propio texto de la directiva (art. 3.3). No ocurre lo mismo con el deber de depósito y publicación del acuerdo en nuestro ordenamiento, que es una iniciativa del legislador español, al margen de la normativa europea. La incorporación de la necesidad de depositar y publicar el acuerdo responde a la equiparación que el nuestro ordenamiento hace de estos acuerdos respecto del régimen jurídico de los acuerdos estatutarios. Analogía que tampoco es una novedad en la transposición de normas comunitarias. En este sentido, conviene recordar que el legislador español ya optó por dotar de la máxima eficacia a los acuerdos de constitución de los Comités de Empresa Europeos al amparo de la normativa española, exigiendo en aquel caso igualmente el depósito y publicación de dichos pactos.

El contenido mínimo del acuerdo sometido a la legislación española viene determinado por el artículo 11.1 de la Ley 31/2006, que prácticamente reproduce el contenido mínimo recogido en el artículo 4.2 de la Directiva 2001/86⁹⁴⁷. Únicamente

⁹⁴⁵ En sentido similar, TERRADILLOS ORMAETXEA, Edurne, “La participación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 1077.

⁹⁴⁶ Es paradójico que la Directiva remita a los Estados miembros la validez y eficacia jurídica de un acuerdo que por la materia que regula debe tener dimensión transnacional, con alcance, por tanto, sobre todos los Estados de la Unión cuya eficacia debe garantizar la legislación de un único Estado, el del Estado en el que la Sociedad Anónima Europea vaya a tener su domicilio, *vid.* MONEREO PÉREZ, José Luis, *et al.*, *La participación de los trabajadores...*, *op. cit.* p. 163.

⁹⁴⁷ Artículo 11.1 Ley 31/2006: “Sin perjuicio de la autonomía de las partes, y respetando lo dispuesto en el apartado 2, el acuerdo entre la comisión negociadora y los órganos competentes de las sociedades participantes deberá contener: a) La identificación de las partes que lo conciertan; b) El ámbito de aplicación del acuerdo; c) La composición, el número de miembros y la distribución de los puestos del órgano de representación de los trabajadores a través del cual se ejercerán los derechos de información y consulta de los trabajadores de la Sociedad Anónima Europea y de sus empresas filiales y que será el interlocutor a este respecto del órgano competente de la Sociedad Anónima Europea, la duración de su mandato y los efectos que sobre ello se pudieran derivar de las modificaciones en la dimensión, composición o estructura de la Sociedad Anónima

la obligación de identificar a las partes que conciertan el acuerdo de participación en la Sociedad Anónima Europea diverge respecto del contenido mínimo europeo. La incorporación de este requisito adicional nuevamente está en consonancia con el contenido tradicional exigido por el legislador español a los acuerdos estatutarios. Ahora bien, este contenido mínimo, a pesar de que presenta claras coincidencias con el contenido mínimo exigido por el artículo 85.3 ET para los convenios colectivos en nuestro país, no debe ser interpretado como un contenido mínimo necesario obligatorio, sino como un contenido recomendable a las partes para eliminar cualquier interferencia en la independencia de las partes negociadoras⁹⁴⁸. Obviamente, el único límite a la libre capacidad de las partes de configurar estos acuerdos conforme a sus necesidades es que estos sí deberán contener disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores, sin cuya presencia los acuerdos no serían reconocibles⁹⁴⁹. Ahora bien, aunque la ausencia de estos requisitos no invalide el acuerdo entre las partes, sí puede suponer la aplicación del marco subsidiario en defecto de acuerdo⁹⁵⁰. Al igual que ocurría en el régimen subsidiario del Comité de Empresa Europeo. Por tanto, aquellos acuerdos que no respeten el contenido mínimo podrán suponer la aplicación del régimen subsidiario.

Como se recordará las normas subsidiarias resultan de aplicación cuando las partes así lo decidan o cuando no se haya alcanzado ningún acuerdo, siempre que la comisión negociadora no haya decidido no iniciar o terminar las negociaciones y los órganos competentes de cada una de las sociedades participantes decidan aceptar la aplicación de las disposiciones subsidiarias, continuando con el proceso de registro de la Sociedad Anónima Europea, disposiciones que han sido incorporadas sin introducir novedades por el legislador español. Asimismo, nuestro país, siguiendo

Europea y de sus empresas filiales o en la composición de los órganos nacionales de representación de los trabajadores; d) Las atribuciones del órgano de representación y el procedimiento de información y consulta previsto; e) La frecuencia de las reuniones del órgano de representación; f) Los recursos materiales y financieros asignados al órgano de representación para el adecuado cumplimiento de sus funciones; g) En el caso de que las partes hayan acordado el establecimiento de uno o varios procedimientos de información y consulta, en lugar de la creación de un órgano de representación, las modalidades de aplicación de dichos procedimientos; h) En el caso de que las partes hayan acordado el establecimiento de normas de participación, los elementos esenciales de dichas normas, incluida, en su caso, la determinación del número de miembros del órgano de administración o de control de la Sociedad Anónima Europea que los trabajadores tendrán derecho a elegir, designar o recomendar o a cuya designación tendrán derecho a oponerse, de los procedimientos a seguir para ello y de sus derechos; i) La fecha de entrada en vigor del acuerdo, su duración y las condiciones de su denuncia, prórroga y renegociación”.

⁹⁴⁸ DAVIGNON, Etienne, *et. al.*, “European systems of worker involvement...”, *op. cit.*, § 57, p. 7.

⁹⁴⁹ CASAS BAAMONDE, María Emilia, “La implicación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 406. No obstante, se ha sostenido que el artículo 4 de la Directiva y el 11 de la Ley 31/2006 sí enuncian con carácter obligatorio el contenido que deben recoger los acuerdos entre las partes. En este sentido, las letras b), c), d) y e) son obligatorias, pero alternativas a la letra f) también obligatoria, *vid.* VALDÉS DAL-RE, Fernando, “Los derechos de implicación...”, *op. cit.*, p. 252.

⁹⁵⁰ GÓMEZ GORDILLO, Rafael, “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima europea en el ordenamiento laboral español”, en *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 90, 2007, p. 72.

fielmente las directrices de la normativa europea, ha previsto que las normas sobre participación de los trabajadores solo resultarán de aplicación cuando las sociedades que impulsan la constitución de la Sociedad Anónima Europea disfrutaran de algún sistema previo de participación de los trabajadores en la gestión societaria. La determinación de cuándo se entenderá que las sociedades previas estaban vinculadas por un sistema de participación se realizará conforme al contenido del artículo 7.2 de la Directiva, que ya ha sido analizado, cuyo contenido ha sido incorporado al artículo 14.2 Ley 31/2006 puntualmente. Por tanto, mucho más interesante es destacar el aspecto en el que el legislador español ha optado por separarse del comunitario e innovar⁹⁵¹, el artículo 14.3 de la Ley ha previsto expresamente que las normas subsidiarias de participación se aplicarán si las sociedades previas estaban vinculadas por algún modelo de cogestión, con independencia de su origen legal o convencional. Quizá la razón de esta disposición sea que, tal y como hemos señalado, nuestro país no ha desarrollado una legislación general sobre la cogestión en las sociedades. Por tanto, algunos de los ejemplos de cogestión se deben a los acuerdos alcanzados por los agentes sociales.

La normativa española también ha incorporado normas supletorias sobre la vigencia, prórroga, denuncia y renegociación del acuerdo de participación de los trabajadores que no fueron contemplados en la Directiva comunitaria. Así, el artículo 13 de la Ley 31/2006 dispone que los acuerdos sometidos a la legislación española se presumirá de vigencia indefinida, salvo acuerdo en sentido contrario. Las partes podrán denunciar el acuerdo con una antelación de seis meses a la fecha de su expiración, en caso de que el acuerdo hubiera contemplado una. Si no lo hubiera hecho, presumiéndose el acuerdo indefinido, o si el propio acuerdo hubiera dispuesto su duración indefinida, las partes podrán denunciar el mismo con una antelación mínima de seis meses a la fecha en que se cumpla cada período de cuatro años desde su vigencia inicial; en tal caso, se entenderá vencido el acuerdo al cumplimiento de dicho período. En caso de que no se produjera la denuncia expresa de las partes, el acuerdo se entenderá prorrogado por un periodo de tiempo de duración igual al de su vigencia inicial⁹⁵².

Denunciado y vencido el acuerdo, este se mantendrá en vigor hasta que se alcance un nuevo acuerdo o hasta que las partes acuerden someterse a las normas de referencia.

⁹⁵¹ Al respecto, TERRADILLOS ORMAETXEA, Edurne, “La participación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 1073. No obstante, aunque la Directiva solo contempla expresamente los derechos existentes de origen legal y no aquellos derivados de acuerdos convencional se ha sostenido que el respeto a los derechos fijados por la negociación colectiva puede extraerse de la propia definición del concepto de implicación que realiza la Directiva, art. 2 letras h) a k), “su amplitud y vocación de cubrir cualquier modelo de implicación existente en las empresas participantes en la constitución de Sociedad Anónima Europea, [...] abonan esta interpretación”, *vid.* CASAS BAAMONDE, María Emilia, “La implicación de los trabajadores...”, *op. cit.*, pp. 384-385.

⁹⁵² VIDA SORIA, José, et al., *Manual de Derecho Sindical*, *op. cit.*, p. 165.

La Ley 31/2006 configura, por tanto, la ultractividad del acuerdo hasta que las partes logren alcanzar un nuevo pacto que satisfaga sus expectativas. Ciertamente esta disposición era coherente con la regulación de la ultractividad en nuestro país en el momento en que se aprobó la norma, pero no tanto con la regulación que de la misma se hace tras Real-decreto Ley 3/2012 de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, y, posteriormente, en la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Ambas normas han limitado la eficacia del convenio denunciado y vencido a dos años y a uno, respectivamente. El sostenimiento de la ultractividad del acuerdo en el caso de la Ley 31/2006 debe fundarse en el contenido especial de este acuerdo alejado del contenido generalista, típico de los convenios colectivos. En este caso, en principio, se limita a regular las funciones y competencias del órgano de representación de los trabajadores y de su posible participación en la gestión empresarial. Por tanto, parece razonable que la falta de acuerdo entre las partes no suponga la desaparición de los canales de participación y representación de los trabajadores, ni siquiera de la aplicación de las normas subsidiarias. Pues ya se ha señalado que la regulación se basa en la preferencia de los acuerdos adoptados entre las partes.

Asimismo, también innovando respecto del contenido de la Directiva⁹⁵³, la Ley 31/2006 prevé dos supuestos en los que será necesario adaptar la composición de la comisión negociadora: cuando se haya producido una modificación en la dimensión, composición o estructura de las sociedades participantes que impulsan la constitución de la Sociedad Anónima Europea o cuando se produzca la pérdida del mandato representativo de algún miembro de la comisión negociadora (art. 7.5 Ley 31/2006).

En primer lugar, se deberá proceder a una nueva elección o designación de todos o parte de los representantes en aquellos supuestos en los que se haya producido una modificación en la dimensión, composición o estructura de las sociedades participantes o de las filiales y centros de trabajo afectados que implique, conforme a los criterios de asignación de los miembros de la comisión negociadora incorporados por la legislación española, una alteración del número de puestos que hay que cubrir en la comisión negociadora o de los criterios de distribución de aquellos o de la representatividad de la comisión, y así se solicite por acuerdo de la propia comisión negociadora o mediante una petición escrita de un mínimo del 10 por ciento de los trabajadores de las sociedades participantes y de sus filiales y centros de trabajo afectados o de sus representantes, que pertenezcan, por lo menos, a dos centros de trabajo situados en Estados miembros diferentes. Aunque no es imposible que se produzca un cambio en la estructura de la sociedad, ciertamente parece improbable que durante el periodo de negociaciones –un año desde el inicio de las

⁹⁵³ SOLÁ MONELLS, Xavier, “La participación de los trabajadores...”, *op. cit.*, p. 129.

mismas— se produzca un cambio estructural en las sociedades que impulsan la constitución de la Sociedad Anónima Europea, que termine justificando la modificación de la comisión negociadora. Es importante resaltar en este momento que el ámbito de aplicación de la norma descrita es el de la comisión negociadora, no los órganos de representación de los trabajadores. En este sentido, la norma prevista por el legislador español ciertamente puede tener poco recorrido, pues es difícil de imaginar que las direcciones empresariales, que deben presentar y elaborar el proyecto de constitución de la Sociedad Anónima Europea, modifiquen su propuesta, en un lapso temporal relativamente muy corto de tiempo, y sea necesario reelegir a los representantes en la comisión.

En segundo lugar, también deberá procederse a actualizar la composición de la comisión negociadora cuando se haya producido la pérdida del mandato representativo nacional de un miembro de la comisión negociadora o de los representantes nacionales de los trabajadores que procedieron a su elección o designación, y así lo solicite un 10 por ciento al menos de los trabajadores de las empresas y centros de trabajo en representación de los cuales fue elegido o designado el miembro en cuestión, o de sus representantes. La previsión en este caso sí puede resultar útil, pues durante el periodo de negociaciones sí puede producirse alguna contingencia que obligue a la sustitución de alguno de los miembros de la comisión negociadora para garantizar que los acuerdos adoptados por la misma representan los intereses de los trabajadores de las sociedades que impulsan la Sociedad Anónima Europea.

En último lugar, ya hemos manifestado que una de las ausencias censurables del contenido previsto por la Directiva 86/2001 era no haber contemplado un régimen mínimo común para garantizar el cumplimiento de la participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas Europeas. El legislador comunitario se limitó a remitir a los Estados miembro el deber de velar por la existencia de procedimientos administrativos o judiciales que permitan la ejecución de las obligaciones derivadas de la presente Directiva, independientemente de que la Sociedad Anónima Europea tenga registrada o no su sede social en su territorio. El legislador español, impulsado por ese deber impuesto por las instituciones comunitarias, contempla tanto procedimientos administrativos sancionatorios como judiciales para hacer cumplir las obligaciones de información y consulta en la Sociedad Anónima Europea.

La LISOS es la norma encargada de modelar el régimen sancionatorio en nuestro país aplicable a las Sociedades Anónimas Europeas con domicilio social en España, las sociedades, entidades jurídicas y, en su caso, las personas físicas domiciliadas en España que participen directamente en la constitución de una Sociedad Anónima Europea, así como las personas físicas o jurídicas o comunidades de bienes titulares de los centros de trabajo situados en España de las Sociedades Anónimas Europeas y

de sus empresas filiales y de las sociedades y entidades jurídicas participantes, cualquiera que sea el Estado miembro en que se encuentren domiciliadas, respecto de los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores, en los términos establecidos en su legislación específica⁹⁵⁴.

Son infracciones laborales en materia de derechos de implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas Europeas las acciones u omisiones de los distintos sujetos responsables contrarias a la Ley sobre implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas Europeas, o a sus normas reglamentarias de desarrollo, a las disposiciones de otros Estados miembros con eficacia en España, a los acuerdos celebrados conforme a la Ley o a las disposiciones citadas, y a las cláusulas normativas de los convenios colectivos que complementan los derechos reconocidos en las mismas, tipificadas y sancionadas de conformidad con esta ley (art. 5.3 LISOS). El legislador español ha calificado como graves aquellas acciones u omisiones que obstaculicen el procedimiento de implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas Europeas y serán muy graves aquellas otras que impidan el ejercicio de los derechos reconocidos sobre implicación de los trabajadores o que supongan una discriminación⁹⁵⁵.

Finalmente, debemos referirnos brevemente a los procedimientos judiciales de solución de conflictos contemplados por nuestro país. Sin perjuicio de que, como la propia Ley reconoce, las disposiciones sobre los procedimientos judiciales debe entenderse sin perjuicio del derecho de las partes a acudir a los procedimientos de solución extrajudicial de los conflictos (art. 38 Ley 31/2006).

En el caso español es el Título III de la Ley 31/2006 el encargado de recoger las modalidades procesales ejercitables por las partes para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la normativa comunitaria, que deberán sustanciarse ante los juzgados y tribunales del orden de lo social⁹⁵⁶, que cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a ellos o, en su defecto, cuando el demandado tenga su domicilio en España o cuando la obligación que sirviese de base a la demanda hubiese sido o debiese ser cumplida en territorio español (art. 34.1 Ley 31/2006). Este doble criterio de atribución de competencias está inspirado tanto en las normas

⁹⁵⁴ El principio de territorialidad rige la aplicación de las normas sancionadoras. Ello justifica la exigencia de que los sujetos responsables deban estar domiciliados en nuestro Estado para poder ejercer sobre ellos el *ius puniendi*, vid. MONEREO PÉREZ, José Luis, *et al.*, *La participación de los trabajadores...*, op. cit. p. 269.

⁹⁵⁵ Al respecto, vid. MONEREO PÉREZ, José Luis, *et al.*, *La participación de los trabajadores...*, op. cit. p. 276. En concreto, las infracciones graves son enumeradas en el art. 10.1 bis LISOS, mientras que las infracciones muy graves están recogidas en el art. 10.2 bis LISOS.

⁹⁵⁶ Se excluye del conocimiento de los juzgados y tribunales del orden social aquellas pretensiones que versen sobre la impugnación de las sanciones administrativas y las atribuidas al orden jurisdiccional civil en relación con la posición y actuación de los trabajadores que participen en el órgano de decisión y control de la Sociedad Anónima Europea (art. 33 Ley 31/2006).

europas de atribución de competencia como en las normas internas⁹⁵⁷. En concreto, el domicilio del demandado como criterio de atribución de competencia está inspirado por los artículos 5, 17 y 57.3 del Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968. Por otra parte, el lugar de cumplimiento de la prestación proviene de la regulación de la competencia prevista en la LOPJ, en concreto, en su artículo 25.

En concreto se establece que se articularán a través del proceso de conflicto colectivo (arts. 153-162 LRJS) los litigios relativos a la negociación sobre las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea, incluidos los relativos a la constitución y funcionamiento de la comisión negociadora, así como los relativos a la constitución y funcionamiento del órgano de representación de los trabajadores o de los procedimientos de información y consulta y los relacionados con los derechos y garantías de los miembros de la comisión negociadora, de los miembros del órgano de representación, de los representantes de los trabajadores que ejerzan sus funciones en el marco de un procedimiento de información y consulta y de los representantes de los trabajadores que formen parte del órgano de control o de administración de una Sociedad Anónima Europea. Asimismo, se sustanciarán conforme a este procedimiento la impugnación de la decisión del órgano competente de atribuir carácter confidencial o de no comunicar determinadas informaciones a los miembros de la comisión negociadora, del órgano de representación de los trabajadores y, en su caso, a los representantes de los trabajadores que ejerzan sus funciones en el marco de un procedimiento de información y consulta; y, finalmente, aquellos relativos al cumplimiento por los representantes de los trabajadores y por los expertos que les asistan de su obligación de confidencialidad.

A través del procedimiento de impugnación de convenios colectivos (arts. 163-166 LRJS) se encauzarán aquellos conflictos sobre la decisión de la comisión negociadora de no iniciar o dar por terminadas las negociaciones con los representantes empresariales antes de alcanzar un acuerdo, los que tengan que ver con el acuerdo entre la comisión negociadora y los representantes empresariales, y, finalmente, aquellos sobre los demás acuerdos que con el órgano competente puedan celebrar la comisión negociadora, el órgano de representación de los trabajadores y, en su caso, los representantes de los trabajadores que ejerzan sus funciones en el marco de un procedimiento de información y consulta.

Las demás cuestiones litigiosas que se susciten en aplicación de la Ley 31/2006 se tramitarán, según su naturaleza, por las disposiciones establecidas para el procedimiento ordinario o por la modalidad procesal que corresponda, de conformidad con lo establecido en el texto refundido de la LRJS.

⁹⁵⁷ En este sentido, QUINTANILLA NAVARRO, R. Yolanda, “Procedimientos judiciales...”, *op. cit.*, p. 270.

Cuando fruto de estos procesos se declare que la constitución de la Sociedad Anónima Europea hubiera sido intencionadamente configurada con el propósito de privar a los trabajadores de sus derechos de implicación o de perjudicarlos, corresponderá volver a entablar un proceso de negociaciones que no perjudique los derechos de los trabajadores (art. 26 Ley 31/2006). Por tanto, para que se active este proceso especial de negociación es requisito ineludible que exista un pronunciamiento judicial que declare la existencia de un daño, pero además este debe haberse producido de manera intencionada⁹⁵⁸.

El artículo 35 de la Ley 31/2006 aclara quiénes estarán legitimados para promover los litigios enunciados. Serán: los empresarios, los representantes de los trabajadores, la comisión negociadora y el órgano de representación de los trabajadores de la Sociedad Anónima Europea. Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales tendrán legitimación para la defensa de sus derechos e intereses legítimos. De los sujetos enunciados llama la atención que se permita a la comisión negociadora ser parte en el proceso cuando en nuestro ordenamiento no ha previsto que las comisiones negociadoras de los convenios colectivos puedan serlo. No obstante, no debe olvidarse las diferencias sustanciales que separan ambos órganos. Mientras que la comisión negociadora de un convenio colectivo es un órgano paritario, compuesto por representantes de los trabajadores y los empleadores, la comisión negociadora prevista en las negociaciones de la Sociedad Anónima Europea es un órgano exclusivamente de representación de los trabajadores⁹⁵⁹.

2. El resultado de la participación de los trabajadores en la administración de la sociedad

Por tanto, el análisis de la participación de los trabajadores en la administración de la sociedad, tal y como poníamos de manifiesto al comienzo de este capítulo, favorece su intervención en decisiones fundamentales de la empresa, haciendo que estas suelen ser menos traumáticas que aquellas en cuya adopción no participan los trabajadores y, además, facilitando que la medida acordada sea valorada por los trabajadores como menos dañina y necesaria. De hecho, tal y como también se ha tenido la oportunidad de señalar, esta parece ser una de las explicaciones más plausibles que explican por qué algunos ordenamientos, con históricos y relevantes modelos de participación, han podido afrontar la crisis de forma más eficiente y segura, que aquellos otros que no contemplan la implicación de los trabajadores en sus sociedades.

⁹⁵⁸ Al respecto, *vid.* VALDÉS DAL-RE, Fernando, “Los derechos de implicación...”, *op. cit.*, p. 264.

⁹⁵⁹ En este sentido, se ha criticado que, habida cuenta de la confusión terminológica que puede generar en nuestro ordenamiento, el legislador español no optara por haber traducido el término “comisión negociadora” recurriendo a otro concepto como, por ejemplo, el de banco social, *vid.* QUINTANILLA NAVARRO, R. Yolanda, “Procedimientos judiciales...”, *op. cit.*, p. 274.

El anterior efecto se reproduce incluso, aunque de forma más matizada, en aquellos casos en los que la participación de los trabajadores en los órganos de dirección y control de la sociedad se encuentra limitada, pues la mera presencia en dichos órganos, tal y como se ha señalado, favorece el acceso de los representantes de los trabajadores y, por tanto, de sus representados, a la información estratégica de la sociedad y garantiza que, al menos, las preferencias e intereses de los trabajadores sean escuchadas. En este sentido, la participación en los órganos de dirección y control de las sociedades debe ser reconocida como una fórmula cualificada de representación de los trabajadores.

No obstante, a pesar de las ventajas y oportunidades derivadas de la implantación de un modelo participativo en los órganos de dirección y control de las sociedades, lo cierto es que las instituciones comunitarias no han logrado implantar un modelo exitoso al amparo de la Sociedad Anónima Europea. Las altas expectativas puestas en esta figura, por tanto, parecen no haberse visto satisfechas, pues, en realidad, la implantación de la participación en la gestión empresarial en esta sociedad no depende del ordenamiento comunitario, sino de si en el ordenamiento nacional de aplicación a la sociedad que se transforma en una Sociedad Anónima Europea se contemplaba la cogestión.

Sin embargo, a pesar de las deficiencias del modelo articulado, lo cierto es que afortunadamente no ha servido como excusa para dismantelar los sistemas avanzados de participación previstos en algunos Estados europeos. No puede dejar de señalarse que, si bien es cierto que la Sociedad Anónima no incorpora obligatoriamente la cogestión, sí exige, salvo acuerdo en contrario por las partes, la existencia de órganos de información y consulta para que la Sociedad Anónima Europea pueda ser registrada. Lo que ciertamente es un elemento que debe ser valorado positivamente en comparación con las sociedades nacionales en nuestro ordenamiento, en el que, como ya se ha tenido la oportunidad de referir en este estudio, la constitución de los órganos de representación de los trabajadores constituye un “deber sin sanción”⁹⁶⁰.

⁹⁶⁰ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda, AGUILERA IZQUIERDO, Raquel, GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, Beatriz y DE NIEVES NIETO, Nuria, “Los sujetos colectivos en la empresa: un estudio jurisprudencial” en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 43, 2003, p. 35.

CAPÍTULO IV. LA REPRESENTACIÓN FLEXIBLE DE LOS TRABAJADORES EN LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES: MÁS ALLÁ DE LAS FRONTERAS COMUNITARIAS

I. INTRODUCCIÓN

.....

1. La insatisfactoria representación de los trabajadores en las relaciones laborales transnacionales

La configuración de mecanismos de representación de los trabajadores en las empresas transnacionales, más allá de los ya analizados comités de empresa europeos previstos por la legislación comunitaria, choca con la ausencia de instituciones u organismos internacionales que puedan regular globalmente las condiciones a través de las que canalizar las demandas y reivindicaciones de los trabajadores⁹⁶¹. Ello no quiere decir que no existan fórmulas de representación, sino que estas no se articulan satisfactoriamente a través de los instrumentos que se han venido utilizando tradicionalmente.

Las organizaciones sindicales, órgano típico de defensa de los trabajadores, llevan tiempo sufriendo una profunda crisis a consecuencia fundamentalmente de los cambios en la organización empresarial y la diversificación de los intereses de los trabajadores⁹⁶². La oleada de cambios en las formas de organización empresarial

⁹⁶¹ Se ha afirmado que el problema no es tanto la ausencia de normas, sino la imposibilidad de aplicar las ya existentes a las nuevas relaciones, SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “Los instrumentos de gestión laboral transnacional...”, *op. cit.*, p. 15.

⁹⁶² La crisis del sindicalismo ya fue puesta de manifiesto hace años a consecuencia del aumento del desempleo, de los cambios en la organización empresarial y la diversificación de los intereses de los trabajadores, ANTONELLO BENITES, Flavio, “Los Comités de Empresa Europeos...” *op. cit.*, p. 261. Vid también SERRANO DEL ROSAL, Rafael, “Estrategias adaptativas del sindicalismo español contemporáneo”, en

tiene, como inevitable consecuencia, un efecto reflejo inmediato en las prácticas sindicales que impulsan, paralelamente, dinámicas adaptaciones de los métodos de acción sindical. Los sindicatos se ven obligados a modificar sus estrategias tradicionales de actuación empresarial para adaptarse a los cambios técnicos y productivos; a trascender planteamientos de acción sindical descentralizada o balcanizada en favor de proyectos de gestión institucionalizada y coordinada y, en lógica consecuencia, a huir del localismo que había caracterizado su acción para proyectarla sobre una nueva dimensión transnacional⁹⁶³. El ámbito sobre el que se construía históricamente la representación de los trabajadores, la empresa, está, tal y como se avanzó en el capítulo primero de este estudio, en franca transformación. Ello genera una descoordinación entre las estructuras internas sindicales, que siguen teniendo a la empresa nacional e individual como base de su organización y de su acción sindical, y las estructuras empresariales en las deben implantarse, de marcado carácter transnacional⁹⁶⁴. Las organizaciones sindicales han de superar el marco estatal a fin de ceder parte de su “soberanía” en beneficio de organizaciones de carácter internacional. En cualquier caso, aunque pueda reconocerse que el retroceso de la empresa clásica no es igual de generalizado en todos los Estados, los problemas más relevantes, que sí son comunes para los trabajadores, no se encuentran ya en esas estructuras históricas sino en las nuevas formas de organización empresarial y en cómo canalizar sus demandas en esas nuevas estructuras productivas⁹⁶⁵.

La necesidad de adecuar el sujeto sindical a esta nueva realidad resulta ciertamente paradójica. Debe recordarse que las organizaciones sindicales, en sus orígenes, se desarrollan en gran medida a espaldas de las organizaciones productivas y más allá de los márgenes geográficos y políticos de los Estados⁹⁶⁶. Sin embargo, la necesidad de defender adecuadamente los intereses de los trabajadores impuso su adaptación al

Revista Internacional de Sociología, nº 25, 2000, pp. 21-45; OJEDA AVILES, Antonio, “Sindicalismo europeo, su crisis, sus alternativas”, en *Sociología del Trabajo*, nº 6, 1989, pp. 51-78.

⁹⁶³ Vid. DÍAZ, David, PRIETO, José y DE LA PUEBLA, Ana, “Los instrumentos de gestión laboral transnacional: una visión desde la perspectiva de las relaciones colectivas”, en AA.VV., *El derecho español en el Siglo XXI en una economía globalizada*, la Ley, 2015, pp. 642-643.

⁹⁶⁴ Alertando de dicho peligro vid. GALLARDO MOYA, Rosario, “La articulación de los derechos colectivos...”, *op. cit.*, p. 229; GORELLI, Juan y GÓMEZ, Rafael, “Grupos de empresas...”, *op. cit.*, p. 359

⁹⁶⁵ Así, se ha puesto de manifiesto que los sindicatos europeos son cada vez más conscientes de que la defensa de los intereses de los trabajadores occidentales requiere controlar la actividad de las empresas transnacionales en los Estados en vías de desarrollo, TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *Aspectos jurídico-laborales...*, *op. cit.*, p. 203.

⁹⁶⁶ Las asociaciones de trabajadores se organizan como tales más allá de las propias empresas. Al margen de que se relacionen con los trabajadores empleados en las diversas empresas, a efectos afiliativos y de proselitismo sindical, su sede natural de actuación y organización desbordará a los propios centros de trabajo, CRUZ VILLALÓN, Jesús, “La actividad sindical en la empresa...”, *op. cit.*, p. 709. En similares términos, se ha indicado que el sindicalismo y el movimiento obrero tienen sus orígenes en corrientes internacionalistas, que permiten surgir una conciencia de clase. BAYLOS, GRAU, Antonio, “Globalización y Derecho...”, *op. cit.*, p. 26.

medio nacional y al ámbito de la empresa. La globalización de la economía y la internacionalización de las organizaciones productivas parece que imponen la vuelta a los orígenes, la recuperación de ese espacio supranacional de actuación de los sindicatos.

De este modo, la adaptación de las organizaciones sindicales a la producción organizada en torno a los Estados hace que en la actualidad sea necesario repensar el sindicato nacional para adaptar su organización, fortaleciendo estructuras territoriales en lugar de las empresariales clásicas⁹⁶⁷. Lamentablemente, no es posible establecer una estrategia única de reforma, ni siquiera en contextos próximos, con tradiciones similares, como podría suponersele a Europa, porque los sindicatos parten de realidades y experiencias muy diversas⁹⁶⁸.

Aunque no puedan uniformarse las respuestas nacionales, sí es común el objetivo de reformar el sindicalismo, no solo se trata de fortalecer sus estructuras internacionales, sino de incluir la dimensión internacional en sus estrategias cotidianas⁹⁶⁹. En esta tarea de ampliar sus fronteras, el sindicato ha llevado a cabo una ampliación de su perfil para ir más allá de su papel tradicional de defensor de los derechos de la clase trabajadora y ha asumido un compromiso más amplio para tutelar otros intereses: los de la ciudadanía⁹⁷⁰. Asimismo, a pesar de la aparente inacción de los representantes de los trabajadores en propiciar su internacionalización, al contrario que las empresas que han perseguido y fomentado su transnacionalización, en 2006 se constituyó la Confederación Sindical Internacional, un importante avance⁹⁷¹. La Confederación Sindical Internacional además mantiene estrechas relaciones con las Federaciones Sindicales Internacionales⁹⁷², con la ETUC y con la Comisión Sindical Consultiva ante la OCDE.

⁹⁶⁷ En nuestro país la coordinación de la estructura sindical con la organización empresarial no debería acarrear graves problemas. Bastaría una modificación de los Estatutos sindicales. Defendiendo esta postura *vid.* GALLARDO MOYA, Rosario, “La articulación de los derechos colectivos...”, *op.cit.*, p. 230.

⁹⁶⁸ Así, se ha señalado que “no hay nada más diferente en Europa, aparte de los idiomas, que la estructuración de los sindicatos, los criterios de representación la eficacia personal de la negociación colectiva”, o que “Alemania, Francia, Italia, Gran Bretaña y España poseen modelos diferentes de organizaciones sindicales”, *vid.* BAYLOS GRAU, Antonio, “La autonomía colectiva en el Derecho...”, *op. cit.*, p. 19, 29.

⁹⁶⁹ Recoge esta misma crítica, pero para el sindicalismo europeo, BAYLOS, GRAU, Antonio, “Globalización y Derecho...”, *op. cit.*, p. 39.

⁹⁷⁰ TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *Aspectos jurídico-laborales...*, *op. cit.*, p. 202.

⁹⁷¹ Entre el 1 y el 3 de noviembre del año 2006, se celebró en Viena el Congreso fundacional de la CSI, un nuevo sujeto sindical que representa a más de 166 millones de trabajadores, y con una capacidad creciente de influencia en el desarrollo futuro del derecho del trabajo internacional. La CSI es fruto de la fusión de la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL) y de la Confederación Mundial del Trabajo (CMT). El congreso fundacional de la CSI fue precedido por los congresos disolutivos de la CIOSL y la CMT, llevados a cabo el 31 de octubre de 2006.

⁹⁷² La CSI forma parte de la Agrupación Global Unions compuesta por organizaciones sindicales internacionales que trabajan juntas y que pertenecen a la misma “familia sindical”. Forman parte de Global

No obstante, a pesar de contar cada vez con más sujetos globales que representan a millones de trabajadores, todavía no existe un sujeto que represente globalmente a los trabajadores con unos objetivos transnacionales, sino sujetos que designan sus intereses mediante la agregación de las preferencias de los sindicatos nacionales⁹⁷³. Distintas razones pueden ser esgrimidas para explicar las dificultades para articular estrategias globales por parte de las federaciones sindicales internacionales⁹⁷⁴. Sin duda, dificulta el surgimiento de estrategias comunes el desconocimiento de las estructuras sindicales globales por parte de los sindicatos nacionales. Aunque, más importantes objeciones pueden derivarse de la propia composición de las federaciones sindicales por organizaciones sindicales nacionales. En primer lugar, las organizaciones sindicales nacionales suelen anteponer sus objetivos nacionales en los conflictos internacionales, por ejemplo, prefiriendo conservar el empleo o los niveles salariales en sus Estados por encima de las posiciones globales. En segundo lugar, los objetivos y estrategias de las federaciones sindicales internacionales suelen presentar un sesgo que beneficia a las grandes centrales sindicales nacionales (por lo general alemanas, británicas, estadounidenses y japonesas) que sostienen financieramente a las federaciones sindicales y a la Confederación Sindical Internacional y que están acostumbradas a desarrollar una función de lobby dentro de estas instituciones⁹⁷⁵.

2. Las Redes Sindicales y los Comités de Empresa Mundiales: embrionarias estructuras de representación de los trabajadores en las empresas transnacionales

Al margen de las instituciones globales para la defensa de los intereses de los trabajadores, su representación en las empresas transnacionales también presenta un insuficiente desarrollo. Las redes sindicales y los Comités de Empresa Mundiales son las dos instituciones sobre las que se está construyendo la representación de los trabajadores en las empresas transnacionales.

Union: Confederaciones de sindicatos internacionales, que engloban centrales sindicales nacionales integradas por sindicatos de diversos sectores, y Federaciones internacionales, agrupan a los sindicatos nacionales en función del sector u ocupación que cubren. Entre las confederaciones se encuentran: La CSI, la Comisión Sindical Consultiva ante la OCDE (TUAC) y UNI Global Union. Las Federaciones Internacionales que forman parte de esta unión son: la Federación Internacional de Trabajadores de la Construcción y la Madera (ICM), La Federación Internacional de Educación (IE), la Federación Internacional de Trabajadores del sector del Arte y Entretenimiento Global (IAEA), La Federación Internacional de la Prensa (FIP), La Federación Internacional de la Industria (IndustriALL), la Federación Internacional de los Trabajadores del Transporte (ITF), la Federación Internacional de trabajadores de la alimentación, Agricultura y Hoteles (IUF) y, finalmente, Federación Internacional de Trabajadores del sector público (PSI).

⁹⁷³ Así, VIVERO SERRANO, Juan Bautista, “Las redes sindicales...”, *op. cit.*, p. 184.

⁹⁷⁴ MAIRA VIDAL, María del Mar, “Los Acuerdos Marco Internacionales...”, *op. cit.*, pp. 146-148.

⁹⁷⁵ BOIX, Isidor y DOZ, Javier, “Ante el segundo Congreso de la CSI” en *Gaceta Sindical. Reflexión y debate*, núm. 14, junio 2010, p. 360..

Ambas figuras evolucionan a partir de los Consejos Mundiales impulsados en la década de los años 60 por las federaciones sindicales internacionales, sobre todo por la de la metalurgia, la química y la alimentación⁹⁷⁶. Estos órganos primigenios carecían de una estructura estable y de una organización permanente, no acostumbraban contar con un calendario regular de reuniones ni con el reconocimiento de la dirección empresarial. No obstante, a pesar de su precaria configuración, las Federaciones sindicales internacionales estaban convencidas de la capacidad de estos instrumentos para influir en el mercado laboral internacional⁹⁷⁷.

El nacimiento de ambas figuras a partir de la misma institución y, sin duda, los evidentes puntos en común en su estructura han provocado que en ocasiones se defienda que redes sindicales y Comités Mundiales en realidad son la misma institución⁹⁷⁸. Sin embargo, existen algunas particularidades que aconsejan diferenciar entre una y otra figura.

El análisis de las redes sindicales es ciertamente complicado para sujetos ajenos a las organizaciones sindicales, pues su desarrollo se debe más a la práctica diaria que a una construcción teórica doctrinal⁹⁷⁹, sin que exista ninguna base de datos oficial que recoja el trabajo de estas estructuras. Además, por falta de voluntad de los Estados y de las organizaciones internacionales, no existe ningún tipo de regulación sobre las redes sindicales, ni nacional, ni internacional ni elaborada por las propias organizaciones sindicales⁹⁸⁰. De hecho, como las Redes Sindicales no vienen impuestas por ninguna norma internacional, las empresas no potencian su constitución, aunque ciertamente, de hacerlo, podrían incurrir en una intromisión en la auto-organización sindical reprochable. Por tanto, son las propias organizaciones

⁹⁷⁶ REHFELDT, Udo, “La negociación colectiva de empresa...”, *op. cit.*, p. 391; COSTA, Isabel da y REHFELDT, Udo, “European Unions and American...”, *op. cit.*, p. 110. Sobre esta primera etapa con mayor detalle, *vid.* RÜB, Stefan, “World Works Councils and other forms...”, *op. cit.*, pp. 9-10.

⁹⁷⁷ Aprovechándose de dos instrumentos clave, la creación de consejos mundiales de grupo y en el desencadenamiento de huelgas transnacionales de solidaridad, las Federaciones Sindicales Internacionales idearon un ambicioso plan para transnacionalizar sus reivindicaciones en tres fases: 1º organizar apoyo internacional a un sindicato que pondría en marcha un conflicto laboral en una filial; 2º coordinar negociaciones colectivas simultáneas en varias filiales; y 3º llevar a cabo una negociación colectiva integradas con la dirección empresarial transnacional, basadas en reivindicaciones definidas conjunta y previamente por los distintos sindicatos nacionales. Esta estrategia fracasó en su tercera fase, *vid.* REHFELDT, Udo, “La negociación colectiva de empresa...”, *op. cit.*, pp. 391-392.

⁹⁷⁸ GIL PINERO, José Ignacio, et al., *Guía para la formación sindical...*, *op. cit.*, p. 71. En este sentido, solo existiría una diferencia terminológica entre consejo mundial (World Council), consejo sindical mundial (World Union Council), consejo mundial de empresa (World Company Council), comité mundial (World Committee), comité sindical mundial (World Union Committee), comité mundial de representantes de empresa (World Works Company), red sindical global (Global Union Network), *ibidem.*, p. 67.

⁹⁷⁹ En similares términos, VIVERO SERRANO, Juan Bautista, “Las redes sindicales...”, *op. cit.*, p. 190.

⁹⁸⁰ Se ha señalado que los impedimentos jurídico-técnicos son menores que los derivados de la ausencia de voluntad política, *vid.* VIVERO SERRANO, Juan Bautista, “La formación de redes sindicales...”, *op. cit.*, p. 88.

sindicales nacionales las que deben impulsar la constitución de una red sindical en una empresa transnacional.

Las redes sindicales pueden definirse como estructuras débiles⁹⁸¹, sin personalidad jurídica propia, para la interconexión sindical. Es decir, plataformas para la intercomunicación y cooperación sindical de la pluralidad de organizaciones sindicales nacionales con implantación en todos o en parte de los territorios en los que la empresa o las empresas del grupo desarrollan su actividad⁹⁸². Estas redes aspiran a convertirse en un interlocutor del empresario transnacional⁹⁸³, pero no necesitan de su acuerdo o concurso para su constitución. No obstante, es habitual que tras su constitución la empresa asuma los costes operativos de la red sindical⁹⁸⁴.

Las redes sindicales tratan de desarrollar sus estructuras en paralelo a la organización de las empresas transnacionales en un proceso similar al que existió a comienzos de la revolución industrial para las redes sindicales en las empresas nacionales⁹⁸⁵. Es decir, en un entorno sin normativa laboral y sin legislador global, con las redes sindicales construyendo puentes y elaborando estrategias a través de la fórmula de “prueba y error” para poder articular adecuadamente la defensa de los derechos de los trabajadores.

En este contexto de desgobierno transnacional, las redes sindicales no han logrado participar ni desarrollar la negociación colectiva global, como veremos a continuación. Sin embargo, ello no significa que los resultados de su actividad sean nulos. De hecho, el mejor instrumento que poseen las redes sindicales es su participación en la responsabilidad social corporativa negociada o Acuerdos Marco Globales⁹⁸⁶, que analizaremos más adelante, aunque podemos adelantar en este

⁹⁸¹ Compartimos que en atención a los elementos configuradores de las redes sindicales es más adecuado el término red que el de alianza sindical, usado por parte de la doctrina americana y del sindicalismo internacional, en este sentido, así: VIVERO SERRANO, Juan Bautista, “Las redes sindicales...”, *op. cit.*, p. 193.

⁹⁸² Un análisis con mayor profundidad de los tres elementos que componen esta definición de red sindical – elemento subjetivo, objetivo y organizativo– puede verse en VIVERO SERRANO, Juan Bautista, “Las redes sindicales...”, *op. cit.*, p. 190-195.

⁹⁸³ VIVERO SERRANO, Juan Bautista, “La formación de redes sindicales...”, *op. cit.*, p. 92.

⁹⁸⁴ La financiación que permitió la constitución de la red sindical de Repsol se obtuvo fundamentalmente a través de la Fundación Paz y Solidaridad Serafín Aliaga, próxima al sindicato CC.OO., que sirvió de cauce para recibir fondos provenientes de la Agencia Española de Cooperación Internacional, pero una vez constituida la empresa sufraga sus gastos. Por su parte, los gastos de la red sindical de Telefónica también son asumidos de facto por esta sociedad, *vid.* VIVERO SERRANO, Juan Bautista, “La formación de redes sindicales...”, *op. cit.*, p. 88, 96.

⁹⁸⁵ PLATZER, Hans-Wolfgang y RÜN, Stefan, Los Acuerdos Marco Internacionales..., *op. cit.*, p. 13.

⁹⁸⁶ Aunque las redes sindicales también pueden desarrollarse y coexistir al amparo de otros instrumentos de responsabilidad social corporativa, por ejemplo el control y verificación del cumplimiento de los códigos de conducta, el carácter unilateral de estos instrumentos obstaculiza la labor de las redes sindicales, así VIVERO SERRANO, Juan Bautista, “Las redes sindicales...”, *op. cit.*, p. 188.

momento que su participación es manifiestamente residual y siempre participan junto con otros sujetos en la celebración de estos acuerdos negociados.

La relación de las redes sindicales y los Acuerdos Marco Globales es bidireccional, muchas redes sindicales se construyen en empresas en las que previamente se ha alcanzado un acuerdo de este tipo o a la inversa, redes sindicales que gracias a su trabajo logran fomentar la suscripción de un Acuerdo Marco Global en las empresas en las que están implantadas⁹⁸⁷.

La constitución de Comités de Empresa Mundiales, el segundo de los órganos sobre el que poder articular la representación de los trabajadores en las sociedades transnacionales, responde a la necesidad de articular la representación de los trabajadores de manera congruente a la estructura organizativa del empleador transnacional.

Las federaciones sindicales internacionales han propiciado la creación de Comité de Empresa Mundial en diferentes empresas⁹⁸⁸, cada una con una óptica y estrategia particular. A nivel europeo se ha propiciado esta acomodación, incluso a través de la aprobación de la Directiva sobre los Comités de Empresa Europeos, pero lo cierto es que, dada la estructura más habitual de las empresas transnacionales, los Comités Europeos solo pueden ser un paso intermedio⁹⁸⁹, pues la matriz empresarial en muchas ocasiones se encuentra fuera de las fronteras comunitarias. Por ese motivo, algunas compañías con importantes niveles de producción fuera de las fronteras del Espacio Económico Europeo, están optando, espoleadas por las peticiones de las organizaciones sindicales, por ampliar sus Comités de Empresa Europeos a trabajadores de Estados de otras regiones del mundo incorporando representantes de esos otros Estados en los que la compañía tiene implantación, en calidad observadores⁹⁹⁰.

⁹⁸⁷ VIVERO SERRANO, Juan Bautista, “Las redes sindicales...”, *op. cit.*, p. 187. France Telecom, AEON o Antara son ejemplos de Acuerdos Marco Globales negociados con las redes sindicales de estas empresas (*vid.* La base de datos conjunta entre la Comisión Europea y la OIT sobre Acuerdos Marco Globales: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=978>, última consulta enero 2016). Por el contrario, Telefónica o Repsol a pesar de tener sus propias redes sindicales han tenido unos resultados dispares. Telefónica optó por suscribir su Acuerdo Marco Global con representantes de Federaciones Internacionales y de sindicatos nacionales. Repsol, por su parte, no ha alcanzado ningún tipo de acuerdo con su red sindical ni con federaciones internacionales para suscribir un Acuerdo Marco Global.

⁹⁸⁸ La inexistencia de bases de datos oficiales hace imposible ser exhaustivo, pero algunos de los Comités de Empresa Mundiales más importantes son: Volkswagen (1999), Danone (1996), Renault (2000), DaimlerChrysler (2002), EADS (2010), Arcelor-Mittal (2010), France Telecom (2010), Renault, PSA Peugeot Citroën (2012), Volvo (2013), Daimler (2014).

⁹⁸⁹ RÜB, Stefan, “World Works Councils and other forms...”, *op. cit.*, p. 5.

⁹⁹⁰ COSTA, Isabel da y REHFELDT, Udo, “European Unions and American...”, *op. cit.*, p. 110. Como ejemplo de un Comité de Empresa Mundial por extensión de un Comité de Empresa Europeo previo podemos citar el caso de Danone. No obstante, se ha afirmado que aunque en verdad Danone aprobó el 15 de abril de 1996 la constitución de su Comité de Empresa Mundial, con el entusiasmo de las federaciones sindicales

A diferencia de las redes sindicales, los Comités de Empresa Mundiales sí se constituyen a partir de acuerdos formales con las direcciones empresariales. Además, los miembros de estos comités son representantes de los trabajadores de la empresa transnacional, estén estos o no afiliados a un sindicato⁹⁹¹. No obstante, es cierto que el papel de los sindicatos nacionales y de las federaciones sindicales internacionales es determinante en el impulso de la creación de estos órganos, provocando en muchos casos la sindicalización del Comité de Empresa Mundial y la creación en su seno de canales de coordinación y cooperación sindicales que contribuye a difuminar las fronteras entre Comité de Empresa Mundial y redes sindicales⁹⁹².

Los Comités de Empresa Mundiales se encuentran también en una fase embrionaria de su desarrollo y es difícil predecir si las federaciones internacionales lograrán a corto o a medio plazo impulsar su desarrollo de forma determinante⁹⁹³. No obstante, a pesar de la aparente falta de innovación de estos instrumentos o de la ausencia de competencias o consideración por parte de las direcciones empresariales, lo cierto es que son un instrumento surgido puramente de la conquista de las organizaciones sindicales internacionales. Por tanto, su mera existencia debe ser reivindicada como un éxito de la autorregulación de las relaciones laborales internacionales. Además, aunque su papel no sea similar al de los comités de empresa nacionales en empresas puramente nacionales, no debe infravalorarse su participación en la negociación de los Acuerdos Marco Globales y en su supervisión posterior⁹⁹⁴.

II. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA TRANSNACIONAL: RETOS Y OPORTUNIDADES

Fomentar la consolidación de los representantes de los trabajadores en el nivel transnacional permitiría potenciar el papel de la negociación colectiva transnacional para garantizar estándares comunes de protección a trabajadores de distintos países⁹⁹⁵, como lo permitió a nivel nacional⁹⁹⁶. No obstante, la ausencia en el nivel

internacionales, lo cierto es que este, en esencia, sigue siendo un órgano de representación europeo, pues está totalmente dominado por los representantes de la Unión, *vid.* RÜB, Stefan, “World Works Councils and other forms...”, *op. cit.*, pp. 13-14.

⁹⁹¹ Así, GIL PINERO, José Ignacio, et al., *Guía para la formación sindical...*, *op. cit.*, p. 70.

⁹⁹² *Ibidem*, p. 71.

⁹⁹³ RÜB, Stefan, “World Works Councils and other forms...”, *op. cit.*, p. 6.

⁹⁹⁴ Incluso algunos Acuerdos Marco Globales han impulsado la figura del Comité de Empresa Mundial o la globalización de su Comité de Empresa Europeo como vehículo para controlar la aplicación de estos instrumentos, ALMENDROS GONZÁLEZ, Miguel Ángel, “La eficacia de los Acuerdos...”, *op. cit.*, p. 559.

⁹⁹⁵ ORLANDINI, Giovanni, “Las transformaciones de la empresa...”, *op. cit.*, p. 290.

⁹⁹⁶ Sin duda a nivel nacional las normas convencionales han sido uno de los principales instrumentos armonizadores de las condiciones laborales y la vía más efectiva para potenciar las vías de información y consulta de los trabajadores, *vid.* GORELLI, Juan y GÓMEZ, Rafael, “Grupos de empresas...”, *op. cit.*, p. 361.

internacional de estructuras de representación de los trabajadores fuertes y consolidadas condiciona sobremanera la posibilidad de desarrollar la negociación colectiva transnacional. El principal problema de esta desorganización internacional de los trabajadores, como acabamos de ver con las redes sindicales y los Comité de Empresa Mundial, es la falta de congruencia entre las estructuras de toma de decisiones de las empresas y la de representación de los trabajadores. Así, mientras que los trabajadores siguen anclados en un modelo de estructuras empresariales nacionales, las decisiones estratégicas de las empresas transnacionales son usualmente adoptadas por la matriz en tanto que las filiales se limitan a ejecutar las decisiones productivas⁹⁹⁷. Sin duda, una alternativa a este alejamiento entre el centro de decisión y el lugar de negociación pasaría por constituir un órgano ad hoc a nivel supraempresarial⁹⁹⁸.

La necesidad de contar con un representante de los trabajadores válido que sirva de interlocutor en el nivel supraempresarial no significa que se infravalore o se pretenda arrinconar la representación en el nivel empresarial⁹⁹⁹. Al contrario, es consecuencia ineludible de la necesidad de negociar cada contingencia con aquel interlocutor que verdaderamente tome la decisión. Por tanto, es necesario localizar adecuadamente dónde se adoptan todas las iniciativas de una corporación para poder designar el nivel correcto de negociación: aquellas decisiones adoptadas por las filiales nacionales deberán negociarse necesariamente con los representantes de los trabajadores nacionales, mientras que aquellas otras adoptadas por una matriz transnacional deberían ser abordadas por un órgano de representación de los trabajadores de la misma dimensión¹⁰⁰⁰.

No obstante, las carencias o insuficiencias de la organización de los representantes de los trabajadores no es la única de las dificultades que entorpecen el desarrollo de la negociación colectiva transnacional. Las diferentes realidades nacionales, las heterogéneas prioridades sindicales, el desequilibrio entre las partes y los problemas derivados de las complejas estructuras organizativas de las empresas transnacionales

⁹⁹⁷ LEA, David, "Las empresas multinacionales...", *op. cit.*, p. 185. En similares términos se ha señalado que la toma de decisiones empresariales se lleva a cabo en lugares muy alejados de los órganos de representación de los trabajadores, mientras estos se articulan fundamentalmente a través de órganos o institucionales nacionales, con la principal excepción de los Comités de Empresa Europeos, *vid.* GORELLI, Juan y GÓMEZ, Rafael, "Grupos de empresas...", *op. cit.*, p. 359.

⁹⁹⁸ De acuerdo con esta postura, citando ejemplos comunitarios al respecto como el artículo 5 la propuesta de modificada de Directiva de 6 de abril de 1991, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Europea relativo a la posición de los trabajadores o la propia Directiva sobre el Comité de Empresa Europeo 94/45/CE, *vid.* PÉREZ YÁÑEZ, Rosa, "Problemática de los acuerdos de...", *op. cit.*, p. 319.

⁹⁹⁹ Al respecto GORELLI, Juan y GÓMEZ, Rafael, "Grupos de empresas...", *op. cit.*, p. 360.

¹⁰⁰⁰ Una crítica a la lejanía entre los centros de decisión y al representación sindical puede verse en NADAL VIGNOLO, Stella Maris, *La empresa transnacional en el marco laboral*, *op. cit.*, p. 74.

son también grandes obstáculos en el progreso de la negociación colectiva transnacional.

En primer lugar, la ausencia de un marco jurídico armonizado y, sobre todo, la disparidad de las condiciones económicas y sociales en las que desarrollan las relaciones laborales en cada Estado impiden que los agentes sociales potencien la negociación a este nivel¹⁰⁰¹. En este sentido, los empresarios ven inviable comprometerse a través de un convenio colectivo transnacional, pues los costes laborales y las tradiciones jurídicas son muy distintos en los Estados en los que operan¹⁰⁰². No obstante, las dificultades para entablar una negociación colectiva transnacional no implican que las negociaciones nacionales se lleven a cabo siempre de una forma absolutamente estanca gozando las filiales de una autonomía completa sino que, por ejemplo, en las negociaciones salariales las sociedades matrices pueden imponer unos criterios mínimos sobre los sistemas salariales que puedan ser modulados por las filiales, pero no contrariados¹⁰⁰³. En cualquier caso, aún con las precauciones manifestadas, parece que la negociación transnacional podría superar las condiciones dispares entre Estados si hubiera voluntad política entre los promotores de las negociaciones.

En segundo lugar, las heterogéneas reivindicaciones de las organizaciones sindicales, cada una con una tradición y una realidad socio-económica diferente, debilita las reivindicaciones de la parte trabajadora en su conjunto¹⁰⁰⁴, pues cada organización nacional en lugar de priorizar las acciones conjuntas suele apostar por los intereses de los trabajadores a los que representa. Esta actitud ha sido aprovechada en muchas ocasiones por las direcciones de las empresas transnacionales que, por ejemplo, tratan de enfrentar a las diferentes representaciones de los trabajadores, haciéndolas competir para lograr que la producción se incremente o se mantenga en sus respectivas filiales. No obstante, se han producido algunos ejemplos de movilizaciones transnacionales. Por ejemplo, la huelga declarada en las sedes de la empresa Fiat en Turín a consecuencia de los despidos de los miembros del sindicato de la empresa Fiat en Argentina o los acuerdos alcanzados a través de la Federación Internacional de Trabajadores de la Industria Química para coordinar las demandas salariales de distintas sedes en diversos Estados contra la dirección de la empresa St. Gobain¹⁰⁰⁵.

¹⁰⁰¹ En sentido similar *vid.* SALA FRANCO, Tomás, “Las relaciones colectivas...”, *op. cit.*, p. 57.

¹⁰⁰² NADAL VIGNOLO, Stella Maris, *La empresa transnacional en el marco laboral*, *op. cit.*, p. 78; ORLANDINI, Giovanni, “Las transformaciones de la empresa...”, *op. cit.*, p. 290.

¹⁰⁰³ LEA, David, “Las empresas multinacionales...”, *op. cit.*, p. 186.

¹⁰⁰⁴ SALA FRANCO, Tomás, “Las relaciones colectivas...”, *op. cit.*, p. 57.

¹⁰⁰⁵ Estos y algunos otros ejemplos pueden consultarse en LEA, David, “Las empresas multinacionales...”, *op. cit.*, p. 193 y ss.

En último lugar, además, incluso aunque surgiera una conciencia colectiva, las organizaciones sindicales se ven desprovistas del arma más poderosa del que disponen las organizaciones nacionales: la huelga, pues los convenios de la Organización Internacional del Trabajo no contemplan el ejercicio transnacional de este instrumento de defensa de los derechos de los trabajadores¹⁰⁰⁶. Además, recurrir a acciones coordinadas simultáneas en diferentes Estados en los que la empresa preste sus servicios tampoco parece una opción practicable, pues las legislaciones de algunos Estados no reconocen el Derecho a la huelga o lo hacen de forma muy restringida¹⁰⁰⁷.

En cualquier caso, aunque se lograra articular una acción coordinada, lo cierto es que el ejercicio del derecho de huelga se ve cuestionado como medio de presión eficaz para la defensa de los derechos de los trabajadores desde un punto de vista económico y político¹⁰⁰⁸. En primer lugar, porque el derecho de huelga pensado para un modelo productivo nacional, ha quedado superado por la evolución de la organización empresarial y ha dejado de resultar tan efectivo como en tiempos pretéritos. En segundo lugar, porque lo cierto es que el ejercicio de la huelga se ha visto cuestionado incluso en contextos regionales en los que tradicionalmente ha gozado de la máxima protección, como Europa con las tristemente célebres sentencias Viking, Laval y Rüffert.

El desequilibrio entre los posibles sujetos negociadores es quizá la amenaza que más dificulta que la negociación colectiva transnacional sea útil y eficaz. Si en el nivel nacional las partes no se encuentran siempre en pie de igualdad y debe ser la legislación la que garantice que estas podrán negociar sin atajos o ventajas ilegítimas, en el contexto internacional, sin el amparo de una normativa reequilibradora, la situación es trágica. Así, lamentablemente, no es infrecuente que las compañías transnacionales presionen a los representantes de los trabajadores para aceptar determinadas condiciones bajo la coacción de deslocalizar su producción en otros

¹⁰⁰⁶ MAIRA VIDAL, María del Mar, “Los Acuerdos Marco Internacionales...”, *op. cit.*, p. 157.

¹⁰⁰⁷ En este sentido y dada la ausencia de un referente normativo internacional, la convocatoria de una huelga en una empresa transnacional en realidad debería articularse a través de una huelga en cada Estado. La consecuencia sería que una huelga convocada por los mismos motivos “podría ser considerada legal o ilegal en función de los parámetros legales del sistema jurídico en cada uno de los países donde la empresa transnacional se localiza”, *vid.* BAYLOS, GRAU, Antonio, “Códigos de conducta y acuerdos-marco...”, *op. cit.*, p. 123. Así también, NADAL VIGNOLO, Stella Maris, *La empresa transnacional en el marco laboral*, *op. cit.*, p. 77.

¹⁰⁰⁸ Sobre el cuestionamiento del ejercicio de huelga por motivos jurídicos, económicos y políticos, *vid.* NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena, “La huelga en el Derecho Internacional y la protección multinivel” en FOTINOPOULOU BASURKO, Olga (Dir.), *El derecho de huelga en el Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 69.

Estados. Sin duda, un arma tan desproporcionada distorsiona notablemente la posible interlocución transnacional¹⁰⁰⁹.

La estructura de las empresas transnacionales, finalmente, también supone un hándicap al desarrollo de la negociación colectiva transnacional. En este sentido, lo más habitual es que las sociedades transnacionales se organicen a través de grupos empresariales, ello les dota de una apariencia de unidad hacia el exterior que ha justificado que en algunas ocasiones se alcancen en su seno pactos colectivos¹⁰¹⁰, por ejemplo Acuerdos Marco Globales con los problemas y oportunidades que tendremos la ocasión de apuntar más adelante. Por el contrario, también es cierto que la organización transnacional del grupo facilita que aquellos que deseen enmascarar su estructura tengan mayores facilidades para hacerlo¹⁰¹¹.

En cualquier caso, el gran problema de la negociación en general dentro de un grupo empresarial transnacional consiste en que ésta debe desarrollarse dentro de un marco normativo que no la contempla. De tal suerte que, aunque sea deseable que, por ejemplo, para negociar durante el periodo de consultas de un despido colectivo, dicha negociación la dirija y presida la matriz del grupo, lo cierto es que, al no estar contemplada esta posibilidad en las legislaciones nacionales, las direcciones de las filiales deberán poner en marcha procedimientos paralelos para dar soporte jurídico a los planes del grupo¹⁰¹².

Las dificultades de proyectar procesos negociadores en el contexto transnacional actual y con el escaso desarrollo de los sujetos llamados a dirigir el diálogo aconsejan explorar otras posibles vías de actuación, quizá una de las más razonables sea la de las negociaciones coordinadas¹⁰¹³. Esta ingeniosa táctica propone que los sindicatos hagan coincidir las negociaciones de los diferentes convenios colectivos nacionales en el mismo marco temporal. Además, los representantes de los trabajadores deben comprometerse a no concluir sus respectivas negociaciones hasta que todos los centros hayan llegado a un acuerdo. Este sistema permite que las representaciones de cada país se ayuden unas a otras mientras que cada una vela y lucha por sus propios objetivos nacionales, sin tener que acordar nada en el nivel global. El problema que presenta este modelo teórico es que su puesta en práctica requiere mucha precisión

¹⁰⁰⁹ Las empresas que operan en varios Estados pueden transferir la producción de uno a otro de una manera relativamente fácil. Esa posibilidad es una poderosa fuerza en una negociación. En sentido similar *vid.* NADAL VIGNOLO, Stella Maris, *La empresa transnacional en el marco laboral*, op. cit., p. 73; LEA, David, “Las empresas multinacionales...”, op. cit., p. 189.

¹⁰¹⁰ ORLANDINI, Giovanni, “Las transformaciones de la empresa transnacional: Reglas y condicionantes de mercado” op. cit., p. 295.

¹⁰¹¹ NAVARRO NIETO, Federico, “La acción colectiva...”, op. cit., p. 251.

¹⁰¹² PÉREZ YÁÑEZ, Rosa, “Problemática de los acuerdos de...”, op. cit., p. 317.

¹⁰¹³ Así denominadas por NADAL VIGNOLO, Stella Maris, *La empresa transnacional en el marco laboral*, op. cit., p. 77.

para acompasar todas las negociaciones y en algunos casos será imposible por los periodos de validez de los convenios colectivos.

III. LA PRIVATIZACIÓN DE LAS NORMAS LABORALES EN EL MERCADO LABORAL TRANSNACIONAL

.....

1. Cuestiones generales

Ante el fracaso de las propuestas más tradicionales para canalizar la representación de los trabajadores en las empresas transnacionales y la ausencia de organismos internacionales o nacionales capaces de imponer coercitivamente fórmulas para articular las necesidades de representación de los trabajadores en las empresas transnacionales¹⁰¹⁴, parece que la solución debe proceder de la autorregulación por parte de los actores principales del mercado laboral internacional, es decir, de las empresas transnacionales y de los representantes de los trabajadores¹⁰¹⁵.

Puede parecer una fantasía irrealizable y contradictoria recurrir a la autolimitación de un sujeto que acumula más poder e influencia que muchos Estados¹⁰¹⁶, logrando

¹⁰¹⁴ Solo las personas físicas y los Estados son sujetos de derecho internacional. Por tanto, las empresas transnacionales no están sometidas a los convenios o pactos internacionales, ni siquiera en materias tan básicas como los derechos fundamentales, *vid.* APARICIO TOVAR, Joaquín y VALDÉS DE LA VEGA, Berta, “La Responsabilidad Social...”, *op. cit.*, p. 14.

¹⁰¹⁵ Se ha afirmado que “el protagonismo de la empresa transnacional como instancia creadora de reglas destinadas a su aplicación en el espacio global ha sido absoluto”, *vid.* CORREA CARRASCO, Manuel, “Instrumentos de responsabilidad social...”, *op. cit.*, p. 223. En similares términos *vid.* ALCALÁ DÍAZ, María Ángeles, “Técnicas jurídico-contractuales ...”, *op. cit.* p. 151; SOLER ARREBOLA, José A., “Los acuerdos marco internacionales...”, *op. cit.*, p. 159; VIVERO SERRANO, Juan Bautista, “Las redes sindicales...”, *op. cit.*, p. 183; DAUGAREILH, Isabelle, “Responsabilidad social...”, *op. cit.*, p. 80. Esta descentralización de las fuentes del Derecho del Trabajo hacia la empresa se ha justificado principalmente haciendo uso de una argumentación económica, la necesidad de facilitar la adaptación de la empresa a un entorno cambiante a través de la flexibilización del ordenamiento laboral, aunque de forma secundaria también se pueden encontrar argumentos como el de la defensa de un Estado más reducido que no limite a las partes o la desaparición del modelo clásico de trabajador que obliga a replantearse el sistema de fuentes laboral SUPLOT, Alain, Crítica del Derecho del Trabajo, *op. cit.*, p. 196. Asimismo, se ha afirmado que, ante el creciente poder de las empresas transnacionales, los mecanismos de Responsabilidad Social Corporativa son vistos como una solución transitoria de urgencia para garantizar un respeto mínimo a la dignidad humana en los Estados en vías de desarrollo y como una solución más permanente en los Estado desarrollados con el ánimo de constituir un suplemento a la normativa Estatal, *vid.* BAZ TEJEDOR, José Antonio, “Responsabilidad social empresarial...”, *op. cit.*, p. 104. También se ha señalado al progresivo declive de los Estados y su pérdida de poder como la razón por la cual las empresas transnacionales, actores principales en las economías modernas, deben asumir estas nuevas responsabilidades, SERRA GIMÉNEZ, Francisco, “Las transformaciones del derecho en el capitalismo actual” en APARICIO TOVAR, Joaquín y VALDÉS DE LA VEGA, Berta (Dirs.), *La Responsabilidad Social de las Empresas en España: concepto, actores e instrumentos*, Bomarzo, Albacete, 2011, p. 73.

¹⁰¹⁶ Las dudas y desconfianzas planteadas por la autolimitación empresarial a través de la Responsabilidad Social Corporativa han provocado que de forma mayoritaria los actores sindicales tradicionalmente rechazarán este modelo de tutela. Sin embargo, el recelo y bloqueo inicial ha ido transformándose en una implicación más activa de las organizaciones sindicales en la elaboración de normas de responsabilidad social corporativa, *vid.* ROCHA SÁNCHEZ, Fernando, “La Responsabilidad Social de las Empresas en tiempos de crisis. Reflexiones desde una perspectiva sindical” en APARICIO TOVAR, Joaquín y VALDÉS DE LA VEGA, Berta (Dirs.), *La*

eludir en muchas ocasiones las legislaciones nacionales, para que, además del beneficio de sus accionistas, tenga en cuenta otros objetivos, como, por ejemplo, un estándar mínimo de derechos socio-laborales. Sin embargo, apelar a la responsabilidad y a la autocontención se ha consolidado como la fórmula más viable y efectiva para disciplinar la labor de las empresas transnacionales¹⁰¹⁷.

En este sentido, la apuesta por la responsabilidad social corporativa supone un cambio de paradigma en la forma de relacionarse entre sí de los protagonistas de las relaciones laborales, empresa y organizaciones sindicales. Comporta en definitiva, aceptar que se pasa del terreno de la confrontación al de la colaboración¹⁰¹⁸.

El éxito de la autolimitación de las sociedades transnacionales en buena medida es consecuencia del cambio de enfoque con el que son vistas las grandes corporaciones transnacionales por la ciudadanía. A las sociedades transnacionales contemporáneas se les exige ir más allá de perseguir una rentabilidad o una maximización de sus beneficios, la premisa típica bajo la que se estimaba que el beneficio de las empresas provocaría un crecimiento que redundaría tanto en favor de las propias empresas como del entorno en el que estas operaban¹⁰¹⁹. En la actualidad, a las compañías transnacionales, además de sus propios intereses y prioridades, se les reclama que se hagan responsables de los costes indirectos que genera su actividad¹⁰²⁰. Es decir, que

Responsabilidad Social de las Empresas en España: concepto, actores e instrumentos, Bomarzo, Albacete, 2011, p. 148.

¹⁰¹⁷ Celebre es el caso de la empresa Topy Top en Perú, que tras la constitución de un sindicato por sus trabajadores procedió a la no renovación de los contratos temporales de 100 de ellos. Los trabajadores encontraron el amparo, que no hallaron en las autoridades locales, en las empresas transnacionales que mantenían a Topy Top como proveedor. Los trabajadores pidieron a estas empresas que aplicaran sus códigos éticos y lograran la readmisión por parte de Topy Top. Tras solo tres días de reuniones entre Topy Top, el nuevo sindicato constituido por los trabajadores de Topy Top, la Federación Sindical Internacional del Textil Vestido, Cuero y Calzado y representantes de Inditex y Gap, la empresa peruana se comprometió a respetar la libertad sindical y los derechos laborales de sus trabajadores, *vid.* SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, GARCÍA LANDABURU, María Katia y VIVAS PONCE, Milagros, “Una experiencia exitosa...”, *op. cit.*, p. 152; para más detalle sobre esta importante experiencia y su evolución posterior consúltese la totalidad del artículo. Sin embargo, es cierto que las empresas transnacionales presionaron a Topy Top muy probablemente para evitar que la conducta antisindical terminara repercutiendo negativamente en sus propias reputaciones. Además, es cierto que el éxito de la responsabilidad social corporativa en este caso fue posible porque Inditex y Gap, dos empresas transnacionales clientes de Topy Top, presionaron a su proveedor. Cuesta creer que estas mismas empresas hubieran corregido una conducta propia contraria a sus códigos éticos de una forma tan rápida.

¹⁰¹⁸ CRUZ VILLALÓN, Jesús, “La actividad sindical en la empresa...”, *op. cit.*, p. 730.

¹⁰¹⁹ Así, se ha señalado que “el gobierno de la empresa se entendió como el propio de una «república de accionistas», donde dichos accionistas son soberanos y a cuyo único servicio deben estar los administradores y directivos de las compañías”, *vid.* RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, José Miguel, MELLE HERNÁNDEZ, Mónica y SASTRE CENTENO, José Manuel, *Gobierno y responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 48. Sobre la concepción de que la única responsabilidad de la empresa es aumentar el beneficio que reporta, mientras que la caridad, en todo caso, será responsabilidad de los accionistas, puede consultarse PIZZOLANTE NEGRÓN, Italo, *De la responsabilidad social...*, *op. cit.*, p. 218.

¹⁰²⁰ La actividad empresarial puede producir daños medioambientales, concentración industrial, especulación del suelo, etc. Aquellas empresas que se desentiendan de estos costes indirectos estarán trasladando parte de sus costes a la sociedad y, por lo tanto, operando en unas condiciones más favorables que las empresas que sí

su planificación estratégica debe tener en cuenta cómo influye su actividad empresarial, además de en los sujetos tradicionales objeto de su interés –accionistas y trabajadores– en otros colectivos, tales como clientes, proveedores y ciudadanos en general, denominados usualmente como *stakeholders*¹⁰²¹. Es decir, todos aquellos que puedan verse afectados por las decisiones de la empresa transnacional, incluidos, por supuesto, los trabajadores y sus representantes. La incorporación de nuevas variables en el desarrollo de su actividad favorece que la empresa, bajo ese pensamiento, se erija entonces en el lugar típico de producción de reglas sobre las relaciones laborales¹⁰²².

En otras palabras, se asume que los principios éticos deben ser parte necesaria y explícita de la forma de hacer negocios¹⁰²³. La incorporación de estos principios éticos a la gestión empresarial para disciplinar cómo deben comportarse las empresas transnacionales dentro de las comunidades en las que operan se realiza a través de la denominada responsabilidad social corporativa.

El concepto de responsabilidad social corporativa no es unánime y está en continua construcción fruto de la evolución constante de la realidad jurídica que pretende

se hagan cargo de dichos costes. La Responsabilidad Social Corporativa en este sentido se encarga de determinar el grado de responsabilidad de la empresa. Al respecto *vid.* BUENO CAMPOS, Eduardo *et al.*, *Economía de la empresa...*, *op. cit.*, p. 86. De similar forma, se ha afirmado que las empresas, como las personas físicas, tienen no solo derechos sino también obligaciones y responsabilidades por las consecuencias de sus acciones (externalidades). Por ello, las empresas deben comportarse con autocontención y autocontrol, *vid.* DOMÍNGUEZ MARTÍN, Rafael, “La dimensión internacional...”, *op. cit.*, p. 18. En similares términos, se ha descrito la denominada triple cuenta de resultados (o *triple bottom line*) que sostiene que el valor de una empresa incluye, además de su patrimonio y beneficios, dos conceptos menos tangibles: toda actividad positiva que la empresa sea capaz de desplegar a favor del medio ambiente y de la colectividad humana, TASCÓN LÓPEZ Rodrigo, “Reflexiones sobre la naturaleza jurídica...”, *op. cit.*, p. 1024.

¹⁰²¹ La Teoría *Stakeholder*, por oposición a los *shareholder* (accionistas), fue desarrollada por primera vez por Freeman en FREEMAN, R. Edward, *Strategic Management: A stakeholder approach*, Pitman Press, Boston, 1984. Ha sido reiterada y perfeccionada más tarde, *vid.* FREEMAN, R. Edward, WICKS, Andrew C. Y PARMAR, Bidhan, “Stakeholder Theory...”, *op. cit.*, p. 367. Así, se ha afirmado que cada una de las actividades de la cadena de valor de una compañía, afecta a las comunidades donde esta opera, PIZZOLANTE NEGRÓN, Italo, *De la responsabilidad social...*, *op. cit.*, p. 73. Por tanto, los *stakeholders* son todos aquellos sujetos que de una u otra manera van a verse afectados por las decisiones empresariales. Tales como: accionistas, trabajadores, consumidores, familiares de empleados, trabajadores de empresas suministradoras o contratistas, *vid.* CALVO GALLEGO, Francisco Javier y RODRÍGUEZ-PÍÑERO ROYO, Miguel C., “Responsabilidad Social Corporativa: ¿Un nuevo instrumento para las políticas laborales?” en FERNÁNDEZ LÓPEZ M^a Fernanda (Dir.), *Política social Europea y Comunidades Autónomas*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2007, p. 340.

¹⁰²² Regulación de las relaciones de trabajo caracterizado por su “autorreferencialidad”, *vid.* BAYLOS GRAU, Antonio, “Empresas transnacionales...”, *op. cit.*, p. 202. Al respecto también, BAYLOS, GRAU, Antonio, “Globalización y Derecho...”, *op. cit.*, p. 23. También se ha afirmado que la empresa tiene la gran responsabilidad de aplicar los convenios internacionales de trabajo, BOIRAL, Olivier, “Certificar la buena conducta...”, *op. cit.*, p. 357; y que la sociedad reclama de las empresas su responsabilidad sobre los efectos sociales y medioambientales derivados de su gestión por el desajuste entre el ámbito reglamentario y las estructuras económicas reales, *vid.* DILLER, Janelle, “¿Una conciencia social...”, *op. cit.*, p. 112.

¹⁰²³ FREEMAN, R. Edward, WICKS, Andrew C. Y PARMAR, Bidhan, “Stakeholder Theory...”, *op. cit.*, p. 364.

regular¹⁰²⁴. Así, además de la denominación “responsabilidad social corporativa”, se usan otros múltiples –es habitual encontrar referencias a índices de sostenibilidad, códigos de conducta, códigos éticos, memorias sociales, acuerdos marco internacionales, certificación externa de normas, códigos éticos, etc.–, a veces para referirse a los mismos fenómenos y otras con la vocación de diferenciar distintas realidades.

Ejemplo de la confusión terminológica es que la doctrina viene usando el término de código de conducta, uno de los conceptos más utilizados, en la mayoría de los supuestos como sinónimo de responsabilidad social corporativa¹⁰²⁵. No obstante, pueden apreciarse algún matiz entre uno y otro¹⁰²⁶. Más que una diferencia en la orientación de los efectos¹⁰²⁷, lo que señalan ambos conceptos es un grado de concienciación de las empresas distinto. Las empresas con responsabilidad social corporativa asumen que deben incorporar a sus objetivos prioritarios, además de lograr mayores beneficios para sus accionistas, metas sociales y medioambientales a través de acciones concretas o temporales. Por ejemplo, a través del establecimiento de algún programa para mejorar las condiciones laborales de sus contratas en algún Estado en vías de desarrollo o mediante la modernizar de su cadena de montaje para reducir la huella de carbono de la empresa. Por su parte, las empresas que incorporan un código de conducta, asumiendo de igual forma la necesidad de incorporar los mismos objetivos adicionales a la mera obtención de beneficios, implementan un código concreto para desarrollar su responsabilidad social corporativa de manera planificada y a medio/largo plazo, para que los destinatarios de ese código tengan claro qué normas e iniciativas son potenciadas o proscritas por esa empresa¹⁰²⁸. Desde

¹⁰²⁴ Sin embargo, se ha afirmado que la revisión de los trabajos de mayor impacto internacional y de las principales iniciativas de responsabilidad social corporativa revelan un cierto consenso sobre los elementos básicos de la responsabilidad social corporativa, DOMÍNGUEZ MARTÍN, Rafael, “La dimensión internacional...”, *op. cit.*, p. 15.

¹⁰²⁵ Al respecto, OJEDA AVILÉS, Antonio, *Derecho Transnacional del Trabajo*, *op. cit.*, p. 363. La distinción entre Códigos de conducta y Acuerdos Marco Globales tampoco siempre está clara, pueden consultarse algunas de estas confusiones en GALLIN, Dan, “Acuerdos Marco Internacionales...”, *op. cit.*, p. 57.

¹⁰²⁶ En este sentido, se ha sostenido que la diferencia entre la responsabilidad social corporativa, en sentido general, y los códigos éticos es fundamentalmente que la primera supone la asunción de compromisos frente a terceros, incluidos potencialmente los trabajadores, los códigos éticos persiguen fundamentalmente esta imposición dentro de la organización empresarial, *vid.* SIERRA HERNÁIZ, Elisa, “Tipificación y caracterización de los códigos de conducta unilaterales de las empresas” en GOÑI SEIN, José Luis (Dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, La Ley, Madrid, 2011, p. 226. No obstante, como se verá en este apartado, esta diferenciación no es tan clara en la práctica.

¹⁰²⁷ Se ha señalado que mientras que la responsabilidad social corporativa tiene efectos hacia fuera, los códigos de conducta despliegan sus efectos hacia dentro, aunque es cierto que pueden identificarse códigos de conducta que también afecten a terceros sujetos, *vid.* CALVO GALLEGO, Francisco Javier, *Códigos éticos y derecho...*, *op. cit.*, p. 13-15.

¹⁰²⁸ En este sentido, se ha afirmado que los códigos de conducta son “la formalización institucional de los valores, principios y normas morales que regulan las actuaciones éticas o buenas prácticas de las empresas de

esta perspectiva, los códigos de conducta son una de las posibles manifestaciones de la responsabilidad social corporativa en la empresa, pero no la única.

2. Delimitación del concepto de Responsabilidad Social Corporativa

Aunque, como acabamos de señalar, no hay una definición universal de responsabilidad social corporativa, probablemente porque es un concepto que incluye una realidad muy heterogénea de instrumentos de gestión laboral, es habitual, al menos entre la doctrina europea, usar el concepto de “responsabilidad social corporativa” elaborado por la Comisión Europea¹⁰²⁹. Las instituciones europeas definen la responsabilidad social corporativa como la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores¹⁰³⁰.

modo interno o hacia fuera, en relación con distintos sujetos o grupos de intereses relacionados con las mismas”, PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, “La dimensión transnacional...”, *op. cit.*, p. 18.

¹⁰²⁹ No obstante, hay otras definiciones, por ejemplo, la realizada por el grupo de expertos del Ministerio de Trabajo Español que fue constituido el 17 de marzo de 2005 por iniciativa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales con la participación de representantes de varios Ministerios y de expertos provenientes de grupos empresariales, organizaciones de la sociedad civil y de la Universidad. Dieron por terminado su Informe– conclusiones el 12 de julio de 2007. Dicho informe define la responsabilidad social corporativa como “La Responsabilidad Social de la Empresa es, además del cumplimiento estricto de las obligaciones legales vigentes, la integración voluntaria en su gobierno y gestión, en su estrategia, políticas y procedimientos, de las preocupaciones sociales, laborales, medio ambientales y de respeto a los derechos humanos que surgen de la relación y el diálogo transparentes con sus grupos de interés, responsabilizándose así de las consecuencias y los impactos que se derivan de sus acciones. Una empresa es socialmente responsable cuando responde satisfactoriamente a las expectativas que sobre su funcionamiento tienen los distintos grupos de interés. La RSE se refiere a cómo las empresas son gobernadas respecto a los intereses de sus trabajadores, sus clientes, proveedores, sus accionistas y su impacto ecológico y social en la sociedad en general, es decir, a una gestión de la empresa que respeta a todos sus grupos de interés y supone un planteamiento de tipo estratégico que debe formar parte de la gestión cotidiana de la toma de decisiones y de las operaciones de toda la organización, creando valor en el largo plazo y contribuyendo significativamente a la obtención de ventajas competitivas duraderas. De ahí la importancia de que tanto los órganos de gobierno como la dirección de las empresas asuman la perspectiva de la RSE. Si bien la responsabilidad social corresponde en primer lugar a las empresas se extiende a todas las organizaciones que aportan un valor añadido a la sociedad, sean públicas y privadas, con ánimo o sin ánimo de lucro”. El informe puede consultarse en la siguiente dirección: http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/autonomos/economia_soc/RespoSocEmpresas/foro_expertos/index.htm. La doctrina americana suele definir la responsabilidad social corporativa como una forma de autorregulación por parte de las empresas, basada en obligaciones sociales o morales hacia la sociedad; el elemento nuclear de la definición es que este esfuerzo empresarial va más allá de las obligaciones legales existentes y de los intereses de las propias empresas; la responsabilidad social corporativa incluye obligaciones económicas, legales, éticas y voluntarias, *vid.* CARROLL, Archie B., “A Three-Dimensional Conceptual Model of Corporate Performance”, *The Academy Management Review*, vol. 4, núm. 4, octubre 1979, pp. 499. En este sentido, evitar la discriminación contra las mujeres o minorías no supondría una muestra de responsabilidad social corporativa porque la prohibición de las conductas discriminatorias ya es una obligación legal, *vid.* MCWILLIAMS, Abigail y SIEGEL, Donald, “Corporate Social Responsibility: a theory of the firm perspective”, *The Academy Management Review*, vol. 26, núm. 1, enero 2001, p. 117.

¹⁰³⁰ El Libro Verde se centra en definir la responsabilidad social corporativa (§20 del Libro Verde de la Unión Europea “Fomentar un marco europeo para la Responsabilidad Social de la empresa”, de 18 de julio de 2001, [COM 2001, 366 final]), sus límites e intersecciones. La estrategia europea sobre responsabilidad social corporativa se ve completada por la Comunicación de la Comisión del 2 de julio de 2002 (COM 2002, 347 final), al respecto *vid.* GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y MUÑOZ RUIZ, Ana Belén, “La dimensión europea...”, *op. cit.*

Partiremos de esta definición porque concentra cuatro de los elementos que permiten caracterizar a la responsabilidad social corporativa, estos son: los sujetos que participan en su elaboración, las materias objeto de la regulación, el carácter voluntario en su adopción y en su aplicación y, en último lugar, la adicionalidad.

La elaboración de los instrumentos de responsabilidad social corporativa corresponde a las propias direcciones de las empresas. Por tanto, su producción emana de una pluralidad de sujetos, cada uno con sus propias influencias y sometidos a distintas tradiciones legislativas nacionales, que convierte a la responsabilidad social corporativa en una fuente de obligaciones muy heterogénea. La pluralidad de sujetos que propician la aprobación de alguna herramienta de responsabilidad social corporativa además dificulta poder categorizar o predecir las características futuras exactas de estos instrumentos.

Sobre los sujetos que elaboran la responsabilidad social corporativa, es cierto que la responsabilidad fundamental en la elaboración de estas normas recae en las direcciones empresariales. No obstante, cada vez más, para fomentar la credibilidad de los instrumentos de responsabilidad social corporativa, se apuesta por la implicación de los sujetos destinatarios de las disposiciones de estos modelos¹⁰³¹. Sin embargo, mientras que existen instrumentos negociados con parte de los *stakeholders*, los Acuerdos Marco Globales –suscritos con representantes de los trabajadores de las sociedades transnacionales–, no se encuentran instrumentos negociados con otros *stakeholders*, como consumidores, clientes o ciudadanos en general. Estos colectivos, en el mejor de los casos, solo son tenidos en cuenta como destinatarios de las normas de responsabilidad social corporativa aprobadas por las empresas transnacionales.

En cuanto a las materias objeto de atención por parte de la responsabilidad social corporativa, son tan variadas como los encargados de redactar estas normas. No obstante, con bastante habitualidad, suelen recoger compromisos relacionados con los derechos laborales básicos, con la libertad sindical, con el medio ambiente, con la igualdad en todas sus dimensiones, con el comercio justo, con los derechos humanos o con medidas destinadas a eliminar o mitigar la corrupción.

En tercer lugar, en cuanto a la voluntariedad en la adopción de la responsabilidad social corporativa, es cierto que pueden encontrarse ejemplos de normas acordadas o negociadas con los representantes de los trabajadores o con organizaciones internacionales. Sin embargo, la esencia de la responsabilidad social corporativa, incluidos aquellos supuestos negociados con los representantes de los trabajadores,

¹⁰³¹ La participación de los destinatarios de las normas de responsabilidad social corporativa, *stakeholders*, es visto por muchos como un elemento imprescindible de la responsabilidad social corporativa. En este sentido, LANDA ZAPIRAIN, Juan Pablo, “Las nuevas formas de participación...”, *op. cit.*, p. 671.

es que ninguna norma u organismo internacional obliga a las empresas a incorporar una regulación que vaya más allá de los límites que estas se quieran autoimponer¹⁰³². Por ello, la re-regulación de las relaciones laborales puesta en marcha desde las grandes compañías transnacionales a través de la responsabilidad social corporativa se articula sobre un concepto autoritario de la construcción de la norma; es decir, sobre la base de que las empresas pueden fijar el marco que deseen de autolimitación¹⁰³³, sin que ninguna autoridad pueda imponer un marco distinto o alternativo al diseñado por la dirección de la compañía¹⁰³⁴, o al libremente aceptado por esta a través de las negociaciones con los representantes de los trabajadores.

Sin embargo, algún sector doctrinal reclama que para poder considerar a una empresa socialmente responsable esta debe promover estructuras participativas sólidas, utilizando cauces de información y consulta existentes como los Comités de Empresa Europeos¹⁰³⁵. Incluso, dando un paso más allá, reclaman la incorporación de fórmulas

¹⁰³² Así, se ha señalado que el establecimiento de los instrumentos de responsabilidad social corporativa sigue dependiendo de la libre voluntad de las empresa, *vid.* CALVO GALLEG0, Francisco Javier, *Códigos éticos y derecho...*, *op. cit.*, p. 62. De hecho, se llega a señalar que “no parece que [la responsabilidad social corporativa] deba ser impuesta por el Derecho, porque precisamente ser socialmente responsables significa ir más allá del estricto cumplimiento de los mandatos y obligaciones legales”, TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *Aspectos jurídico-laborales...*, *op. cit.*, p. 46. En similares términos, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, José Miguel, MELLE HERNÁNDEZ, Mónica y SASTRE CENTENO, José Manuel, *Gobierno y responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 95. Así, todo compromiso empresarial que consista en el respeto a la legalidad vigente no debe ser considerado como responsabilidad social corporativa, salvo que nos encontremos ante un área con un grado generalizado de incumplimiento, en el que una empresa se comprometa a respetar las normas, por ejemplo la tasa legalmente fijada de trabajadores discapacitados que la empresa ha de contratar. En esos casos sí podríamos considerar que estamos ante un primer paso de responsabilidad social corporativa, TASCÓN LÓPEZ Rodrigo, “Reflexiones sobre la naturaleza jurídica...”, *op. cit.*, p. 1029. También se ha afirmado que la responsabilidad social corporativa supone ir más allá del cumplimiento de las obligaciones jurídicas, invirtiendo más en capital humano, GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, Elías, “Participación financiera...”, *op. cit.*, p. 150. En sentido contrario, se ha afirmado que es erróneo considerar que un incumplimiento generalizado de una medida permita valorar como responsabilidad social corporativa los esfuerzos de aquellas empresas que sí cumplan con esas obligaciones pues la responsabilidad social corporativa comienza donde termina la ley LÓPEZ CUMBRE, Lourdes, “La dimensión normativa...”, *op. cit.*, p. 103. Sobre la voluntariedad de los Acuerdos Marco Globales *vid.* también COLEMAN, Sarah, “Enforcing international framework agreements in U.S. Courts: a contract analysis” en *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 41, 2009, p. 624.

¹⁰³³ El proceder de esta re-regulación conlleva dismantelar los sistemas de garantías, reduciendo las capacidades de acción de los sujetos colectivos; el debilitamiento de las normas imperativas nacionales; y la recuperación de amplios espacios normativos a la unilateralidad de las empresas, *vid.* BAYLOS, GRAU, Antonio, “Globalización y Derecho...”, *op. cit.*, p. 24. Al respecto, se ha señalado que la participación de los trabajadores en alguna fase de la elaboración del acuerdo no elimina su carácter voluntario, pues es la esencia de la responsabilidad social corporativa es, precisamente, la adopción voluntaria; de poder imponerse estaríamos ante otra categoría institucional diferente, PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, “La dimensión transnacional...”, *op. cit.*, p. 18.

¹⁰³⁴ La voluntariedad de la responsabilidad social corporativa ha sido matizada por algunos autores que consideran que esta no puede ser confundida con la unilateralidad, pues la responsabilidad social corporativa, por definición, requiere de la incorporación de principios éticos mediante el consenso y la participación de los trabajadores; en este sentido, la responsabilidad social corporativa requiere tanto de un contenido sustantivo, los principios éticos, como de un procedimiento formal, el consenso, *vid.* BAZ TEJEDOR, José Antonio, “La ética de las empresas...”, *op. cit.*, p. 47.

¹⁰³⁵ Así, se ha dicho que “La responsabilidad social corporativa no debe identificarse con la concesión de facultades unilaterales al poder de dirección empresarial [...] bien al contrario, tomamos partido por que se

de implicación de los trabajadores en la gestión de la compañía cuando esto sea posible¹⁰³⁶. Sin duda, la empresa que cumpla con todos estos requisitos habrá puesto en marcha mecanismos de responsabilidad social corporativa más eficaces, que garantizarán con mayor certeza la paz social en su compañía. No obstante, considerar esta tipo de responsabilidad social como más acertada, recomendando su implementación a los empleadores, no debe confundir la naturaleza de la misma, fruto de la voluntad unilateral de la empresa, ni impedir reclamar el desarrollo de instrumentos que permitan exigir la evolución de la responsabilidad social corporativa hacia instrumentos que necesariamente deban ser negociados.

La voluntariedad en la asunción de la responsabilidad social corporativa por las direcciones empresariales está íntimamente relacionada con lo que ha venido a denominarse “adicionalidad”¹⁰³⁷, un requerimiento no explicitado por la definición del Libro Verde de la Unión Europea y que, sin embargo, forma parte de su naturaleza esencial.

La adicionalidad supone que las direcciones empresariales asumen, de manera voluntaria, compromisos éticos que van más allá de las obligaciones legales o convencionales¹⁰³⁸. Por tanto, las compañías admiten que deberán respetar normas morales o éticas a pesar de que estas no tengan, en principio, fuerza jurídica vinculante. Aunque, no deja de ser cierto que la adicionalidad se encuentra matizada en el ámbito internacional, donde la incorporación de compromisos éticos no tiene tan presente las legislaciones nacionales¹⁰³⁹. Probablemente porque las empresas transnacionales, al estar sometidas a muchas legislaciones nacionales, no basan sus negociaciones en las legislaciones nacionales que se les aplican sino en derechos básicos genéricos de referencia global, como veremos.

trate de una responsabilidad compartida” MOLINA MARTÍN, Amparo M, “La regulación de la movilidad...”, *op. cit.*, p. 122; o que “la Responsabilidad Social exige no solo transparencia informativa, sino también participación de los sujetos implicados” TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *Aspectos jurídico-laborales...*, *op. cit.*, p. 206.

¹⁰³⁶ “Cuando la organización productiva adopta este tipo de actitud [*la negociación y incluso la implicación de los trabajadores en la gestión*], además de granjearse el calificativo de responsable, sienta unas bases sólidas para mejorar el clima laboral”, *vid.* TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *Aspectos jurídico-laborales...*, *op. cit.*, p. 154-155.

¹⁰³⁷ CALVO GALLEGU, Francisco Javier, “Responsabilidad social...”, *op. cit.*, p. 1073.

¹⁰³⁸ BARAÑANO CID, Margarita, “Contexto, concepto y dilemas...”, *op. cit.*, p. 35. En términos similares se ha señalado que los compromisos éticos de responsabilidad social corporativa, entre otras nuevas fórmulas que no responden a una distinción clara entre unilateralidad y convencionalidad, son normas atípicas que desarrollan una reglamentación supletoria de la voluntad de las partes, SUPIOT, Alain, *Crítica del Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 201.

¹⁰³⁹ BAYLOS GRAU, Antonio, “Empresa responsable y libre empresa. Una aproximación constitucional” en APARICIO TOVAR, Joaquín y VALDÉS DE LA VEGA, Berta (Dirs.), *La Responsabilidad Social de las Empresas en España: concepto, actores e instrumentos*, Bomarzo, Albacete, 2011, p. 41.

La conjunción de dos de estos elementos, voluntariedad y adicionalidad, han inducido a la doctrina a situar a los instrumentos y normas de responsabilidad social corporativa dentro de concepto de derecho blando, usualmente denominado *soft law*¹⁰⁴⁰. Es decir, un derecho que no puede o no quiere imponerse al destinatario, sino que aspira a ser asumido o respetado por la esencialidad de los principios y normas que sugiere, o por el prestigio o los integrantes de las instituciones que promueven esas normas blandas¹⁰⁴¹.

Los instrumentos éticos empresariales no son el único ejemplo de norma sin fuerza vinculante. El *soft law* tiene gran importancia en nuestros días, pues ha sido un medio utilizado por distintas instituciones para fomentar buenas prácticas en áreas o materias que se escapan de sus competencias. Por ejemplo, la Unión Europea usa recomendaciones para fomentar la homogeneización de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros más allá de las competencias derivadas de los Tratados.

A pesar de que el *soft law* no puede imponerse por medios coercitivos, este puede terminar imprimiendo su esencia en los destinatarios y condicionar e influir en sus actuaciones. Por tanto, calificar la responsabilidad social corporativa como *soft law* no debería condicionar la eficacia que pueda esperarse de estas normas. No obstante, aunque tendremos ocasión de volver sobre este punto, conviene señalar ahora que no todos los instrumentos de responsabilidad social corporativa tienen las mismas características. Algunos son el prototipo de norma éticas sin fuerza vinculante, pero otras sí pueden llegar a generar derechos y obligaciones entre los sujetos que participaron en su redacción e incluso sobre terceros.

Por tanto, la crítica principal no debe centrarse en la eficacia de la responsabilidad social, derivada de su calificación como *soft law*, sino en si será una moda pasajera que dejará de ser impulsada por estas empresas cuando la sociedad deje de mirar estas iniciativas con interés¹⁰⁴², porque, si los peores augurios terminan confirmándose, nos encontraríamos ante un panorama desolador. Si eso ocurriera, dejaríamos de contar con la regulación autónoma voluntaria por parte de las empresas y, fruto de años de apuesta generalizada por la responsabilidad social corporativa unilateral, como efecto secundario asistiríamos a un anquilosamiento de los Derechos del Trabajo nacionales

¹⁰⁴⁰ OJEDA AVILÉS, Antonio, *Derecho Transnacional del Trabajo*, op. cit., p. 359. Así, también CALVO GALLEGÓ, Francisco Javier, “Responsabilidad social...”, op. cit., p. 1075.

¹⁰⁴¹ Al respecto, vid. EMBID IRUJO, José Miguel, “Derecho, mercado...”, op. cit., p. 66. Sobre la naturaleza de *soft law* de la responsabilidad social corporativa también se ha afirmado, respecto de los códigos de conducta, que “queda plenamente excluida cualquier posibilidad por incumplimiento de los compromisos asumidos que pudiera exigirse ante los tribunales de justicia, así como cualquier mecanismo sancionatorio público” y, respecto de los Acuerdos Marco Globales, que “estos acuerdos tienen fuerza contractual entre las partes que lo han firmado. No pueden tener fuerza normativa porque ninguna norma imperativa impone su contenido”, vid. BAYLOS, GRAU, Antonio, “Códigos de conducta y acuerdos-marco...”, op. cit., p. 110, 119.

¹⁰⁴² Recoge esta preocupación de la doctrina, OJEDA AVILÉS, Antonio, *Derecho Transnacional del Trabajo*, op. cit., p. 359.

y a una ausencia de desarrollo del Derecho del trabajo internacional¹⁰⁴³, que no termina de desarrollarse.

Por consiguiente, los riesgos de promocionar solo la responsabilidad social corporativa son elevados y muy peligrosos. Es cierto que no puede impedirse que los empresarios se aprovechen del escenario legislativo internacional y potencien una descentralización en beneficio propio y olviden los derechos de los trabajadores¹⁰⁴⁴. Tampoco existen garantías de que las empresas vayan a seguir apostando por la responsabilidad social cuando tengan la certeza de que no se desarrollará un Derecho del Trabajo transnacional. No obstante, la responsabilidad social corporativa es un buen instrumento para que el empresario diligente pueda avanzar en la protección de derechos y con su ejemplo concienciar a otros de que es posible otra descentralización internacional. En este sentido, a pesar de la falta de carácter imperativo, no debe subestimarse la capacidad de influencia y de cambio derivadas de este tipo de acuerdos¹⁰⁴⁵. Decenas de empresas transnacionales, gracias a su responsabilidad social corporativa, sirven de cauce de entrada a los estándares básicos que estos acuerdos proclaman y que a pesar de incorporar derechos absolutamente básicos, superados desde la óptica de los Estados desarrollados, pueden llegar a ser revolucionarios en muchos de los Estados en vías de desarrollo donde resultarán de aplicación¹⁰⁴⁶.

Además de los cuatro elementos caracterizadores de la responsabilidad social corporativa definidos sucintamente, no podemos dejar de abordar el análisis de la motivación de las empresas para desarrollar la responsabilidad social corporativa, un quinto elemento sin el cual no sería posible comprender la incorporación de objetivos

¹⁰⁴³ Una de las mayores reservas de los sindicatos a la responsabilidad social corporativa es que temen que las empresas pueden tratar de usar estas herramientas como mera estrategia de marketing. De tal forma que, mientras obtienen una buena reputación, de forma simultánea logran escapar de la negociación colectiva, *vid. JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, Juan Carlos, La responsabilidad social..., op. cit., p. 29.*

¹⁰⁴⁴ Partícipe de esta crítica, *vid. GALLARDO MOYA, Rosario, "La articulación de los derechos colectivos...", op.cit., p. 246.* En este sentido, se ha afirmado que la descentralización productiva ha provocado una pérdida de la capacidad de defensa de colectiva de los intereses de los trabajadores, por ello, se ha llegado a definir la descentralización como "una reacción del capital frente al desarrollo del poder sindical gestado al amparo de las grandes compañías", *SALA FRANCO, Tomás, "Descentralización laboral...", op. cit., p. 141.* Incluso se ha señalado que las grandes corporaciones transnacionales incorporan compromisos éticos, que en principio no les son propios, a través de la responsabilidad social corporativa con el objetivo oculto de eludir otras responsabilidades que sí deberían serles imputables, pero que han sabido trasladar a otros actores, *vid. MERINO SEGOVIA, Amparo, "El surgimiento de un nuevo modelo de relaciones industriales transfronterizo: un desafío para las legislaciones nacionales" en GOÑI SEIN, José Luis (Dir.), Ética empresarial y códigos de conducta, La Ley, Madrid, 2011, p. 164.*

¹⁰⁴⁵ Ello a pesar de, como se ha señalado, la inicial desconfianza de las organizaciones sindicales, *BAZ TEJEDOR, José Antonio, "La ética de las empresas...", op. cit., p. 45.*

¹⁰⁴⁶ Se ha puesto de valor que la responsabilidad social corporativa de las compañías transnacionales contribuye a insuflar nuevas pautas de respeto a la dignidad de la persona, sobre la base de los convenios de la OIT, entre la población de los Estados con unos estándares laborales menos desarrollados, *vid. OJEDA AVILÉS, Antonio, Derecho Transnacional del Trabajo, op. cit., p. 360.*

éticos a la gestión y representación de los trabajadores en las empresas transnacionales y su evolución a lo largo del tiempo.

En el desarrollo de la responsabilidad social corporativa por las empresas influyen muy diversas causas, tan variadas como las empresas que han incorporado compromisos éticos a su gestión. Uno de los factores que pueden explicar la expansión de la responsabilidad social corporativa transnacional es la ventaja competitiva respecto de sus adversarios que pueden obtener las compañías de la implantación de estos instrumento. Parece que los clientes perciben a las empresas con algún tipo de responsabilidad social de manera más favorable que a aquellas otras compañías que no respetan un estándar ético mínimo¹⁰⁴⁷. Esa evidencia lleva a sus competidores a replicar la cláusula social de la primera empresa e incorporarla a sus herramientas de gestión ética¹⁰⁴⁸. Este movimiento termina provocando que, cuando las empresas de forma generalizada respetan voluntariamente una determinada cláusula, esa determinada cláusula se termina consolidando e incorporando a las disposiciones legales¹⁰⁴⁹. Como ejemplo del contagio de la responsabilidad social corporativa entre compañías competidoras podríamos citar la evolución de la prohibición del trabajo infantil, que empezó como una asunción voluntaria por parte de las compañías y hoy en día, al menos en los Estados desarrollados, es una imposición legal que debe ser respetada por todas las empresas.

Sin embargo, a pesar de que deba reconocerse que otras causas también pueden influir en la ejecución de la responsabilidad social corporativa en la sociedad, el motivo más

¹⁰⁴⁷ En este sentido, se han encontrado evidencias empíricas que demuestran que las primeras compañías que incorporan mecanismos para exteriorizar sus compromisos de responsabilidad social corporativa a través de etiquetas sociales, de las que tendremos la oportunidad de hablar más adelante, obtienen beneficios competitivos que se van mitigando a medida que otras empresas replican su estrategia empresarial e incorporan esas etiquetas sociales, *vid.* FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, José Luis, LUNA SOTORRÍO, Ladislao y FERNÁNDEZ POLANCO, José Manuel, “El etiquetado social...”, *op. cit.*, p. 165. Asimismo, hay indicios de que todos los *stakeholders*, de cualquier edad y género, perciben negativamente a las empresas que no disponen de instrumentos de responsabilidad social corporativa o que los incumplen. No obstante, se percibe un mayor compromiso con la defensa de la responsabilidad social corporativa a mayor edad y en el género femenino, aunque en ningún caso hasta el punto de llegar al boicot, *vid.* ARREDONDO TRAPERO, Florina Guadalupe, MALDONADO de LOZADA, Verónica del Carmen, et al., “El consumidor ante la responsabilidad social corporativa. Actitudes según edad y género” en *Cuadernos de Administración*, núm. 24, julio-diciembre 2011, p. 300.

¹⁰⁴⁸ El efecto contagio, es decir, el hecho de que las empresas adopten medidas de responsabilidad social corporativa influye positivamente en nuevas adopciones queda demostrado en CHIVITE CEBOLLA, M^a Peana, ENCISO de YZAGUIRRE, Vicente, et al., “Determinantes de la Responsabilidad Social Corporativa: la crisis y el efecto contagio” en *Revista de economía pública, social y cooperativa CIRIEC*, núm. 81, 2014, p. 144.

¹⁰⁴⁹ Que las empresas repliquen los compromisos éticos de otras empresas competidoras para equilibrar la potencial ventaja que obtienen las primeras compañías que asumen un determinado compromiso ético, parece obligar a ver la responsabilidad social corporativa como un proceso en continuo movimiento y no como una regulación estática. Los compromisos éticos de hoy serán las leyes del mañana, cuando eso ocurra, vendrán nuevos compromisos éticos a ocupar el lugar de los primeros, En sentido similar *vid.* RIVOLI, Pietra y WADDOCK, Sandra, “«First they ignore you...»: the time-context dynamic and the corporate responsibility” en *California Management Review*, Vol. 53, núm. 2, invierno 2011, pp. 101-102.

relevante subyacente a todas ellas parece ser el mismo, la necesidad de contrarrestar las críticas negativas de los consumidores que provoca la gestión capitalista sin límites internacionales.

En este sentido, la primera generación de instrumentos de responsabilidad social corporativa aprobados unilateralmente por las direcciones empresariales es el ejemplo más evidente de las razones que inspiran la autorregulación de las compañías transnacionales. Muchos nacen para tratar de neutralizar la publicidad adversa de la compañía que aprueba el código¹⁰⁵⁰. Por esta razón, al ser habitualmente solo una herramienta de marketing, los acuerdos unilaterales no siempre incorporan órganos o mecanismos de control que velen por el efectivo cumplimiento del texto aprobado por la empresa. En realidad, la observancia de los principios éticos contenidos en el código no es un objetivo prioritario de las direcciones empresariales.

Fruto de la presión de los ciudadanos, que en última instancia también son los consumidores de los productos elaborados o de los servicios ofrecidos por las empresas transnacionales, las compañías empezaron a introducir controles y a autorregular su actuación para mejorar su reputación¹⁰⁵¹. En la mayoría de los supuestos no existe un convencimiento de la necesidad de contener su poder, ni siquiera de la conveniencia de mejorar los derechos básicos de los trabajadores concedidos por algunos ordenamientos, sino que las empresas responden ante las enormes críticas que los ciudadanos/consumidores de todo el mundo empezaron a hacer a las grandes compañías durante los últimos años de la década de los setenta¹⁰⁵².

¹⁰⁵⁰ En este sentido, se citan los instrumentos de responsabilidad social corporativa surgidos tras escándalos empresariales ocurridos desde los años 70 y que afectaron a empresas tan importantes como ITT, Nestlé, Union Caride, Exxon-Mobil, Nike, Shell, Total, Enron, Tyco o British Petroleum, *vid.* MAIRA VIDAL, María del Mar, “Los Acuerdos Marco Internacionales...”, *op. cit.*, p. 140.

¹⁰⁵¹ Así, se ha afirmado que la atención de las compañías hacia la responsabilidad social corporativa no es voluntaria, sino que las empresas toman conciencia después de ser sorprendidas por respuestas públicas a temas que previamente no hubiesen pensando que eran parte de sus responsabilidades, PIZZOLANTE NEGRÓN, Italo, *De la responsabilidad social...*, *op. cit.*, p. 72, o que “las grandes empresas han sufrido virulentas campañas internacionales de boicoteo animadas por ONG y asociaciones de ciudadanos que denuncian la vulneración de los convenios internacionales de trabajo” BOIRAL, Olivier, “Certificar la buena conducta...”, *op. cit.*, p. 357. Sobre la importancia la preocupación de las empresas transnacionales por su imagen y reputación también *vid.* BARAÑANO CID, Margarita, “Contexto, concepto y dilemas...”, *op. cit.*, p. 28.

¹⁰⁵² Muestra de la preocupación popular que causó la desregulación de la actividad de las empresas transnacionales es que importantes organizaciones internacionales desarrollaron durante esa época códigos de referencia de responsabilidad social corporativa como la OCDE (Principios Directivos en relación con las empresas multinacionales de 1976) y la OIT (Declaración tripartita sobre empresas multinacionales y política social de 1977). La preocupación de la ciudadanía por desarrollar una gestión ética de las empresas transnacionales se vio potenciada por desastres medioambientales como la del Exxon Valdez en 1989 o escándalos de explotación laboral, incluida la infantil, entre los proveedores de las compañías occidentales, *vid.* TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *Aspectos jurídico-laborales...*, *op. cit.*, p. 19; DOMÍNGUEZ MARTÍN, Rafael, “La dimensión internacional...”, *op. cit.*, p. 25. No obstante, se ha cuestionado la relación entre la norma jurídica y la norma moral que se pretende hacer a través de la responsabilidad social corporativa, pues la norma jurídica siempre se desarrolla a consecuencia de la insuficiencia de la norma moral para resolver los problemas de la sociedad y nunca se produce la relación inversa; en este sentido, se confirmaría el uso propagandístico de la responsabilidad social corporativa, PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, “La

No obstante, puede encontrarse ya algún antecedente de responsabilidad social corporativa en los años treinta y, desde luego, su fase expansiva se sitúa en los años 90, debido en gran parte al fenómeno de la globalización¹⁰⁵³ y, obviamente, esta presión se sigue desarrollando en nuestros días¹⁰⁵⁴.

El motivo principal, por tanto, para que una compañía añada objetivos éticos y medioambientales a su gestión es el de mejorar la reputación de la empresa transnacional¹⁰⁵⁵. No obstante, no puede negarse que junto a esta causa principal coexisten otras que justifican que las empresas incorporen prescripciones éticas al objetivo tradicional de maximizar sus beneficios como, por ejemplo, la mejora de la productividad de la empresa¹⁰⁵⁶.

dimensión transnacional...”, *op. cit.*, p. 17; en similares términos, se ha puesto de manifiesto que las empresas tratan de aprovecharse empresarialmente de la ética, convirtiendo la responsabilidad social corporativa en un prestigioso objeto de mercadotecnia, *vid.* VIVERO SERRANO, Juan Bautista, “Las redes sindicales...”, *op. cit.*, p. 183. En sentido contrario, se ha señalado que el componente ético adquiere un papel complementario y no excluyente de la presencia del Derecho en cuanto mecanismo externo de regulación, BAZ TEJEDOR, José Antonio, “Responsabilidad social empresarial...”, *op. cit.*, p. 95.

¹⁰⁵³ SALAS OLLÉ, Carles, RODRÍGUEZ LUNA, Javier y SARO OTS, Héctor, “La responsabilidad social corporativa...”, *op. cit.*, p. 3; HEPPLET, Bob, “A race to the top? ...”, *op. cit.*, p.354. Sobre el desarrollo histórico de la responsabilidad social corporativa puede consultarse también BARAÑANO CID, Margarita, “Contexto, concepto y dilemas...”, *op. cit.*, pp. 25-26.

¹⁰⁵⁴ Tristemente célebre es el derrumbe el 24 de abril del 2013 del edificio Rana Plaza en Savar, cerca de Dacca (Bangladesh) en el que fallecieron más de 1.000 personas y cerca de 2.000 resultaron heridas de diversa consideración. En este edificio se concentraban fábricas subcontratadas por decenas de importantes compañías de moda occidentales. Menos de 18 días después de este trágico suceso y ante la presión ciudadana internacional, 26 empresas norteamericanas fundaron la Alianza para la seguridad de los trabajadores de Bangladesh. Asimismo, más de 200 compañías de todo el mundo suscribieron el Acuerdo sobre prevención de incendios y seguridad en la construcción (puede verse el listado de firmas actualizado en: <http://bangladeshaccord.org/signatories>). Este interesante acuerdo es en realidad un Acuerdo Marco Global, aunque con unas características especiales, serán analizados con más detalle *vid. infra* Capítulo 1.III.3.c Los Acuerdos Marco Globales.

¹⁰⁵⁵ ERMIDA URIARTE, Óscar, “Responsabilidad social...”, *op. cit.*, p. 309; EMBID IRUJO, José Miguel, “Derecho, mercado...”, *op. cit.*, p. 63. Que el uso que se pretende dar a la responsabilidad social corporativa sea mejorar la imagen de las compañías, permite entender por qué este tipo de iniciativas ha tenido mayor acogida en sectores productivos concretos como el textil, calzado, material deportivo, confección, piel, juguetes y ventas al por menor. Sectores con las tasas más altas de deslocalización y descentralización, industrias con las peores opiniones entre los consumidores y en las que quizá más dependan los resultados de la reputación de las empresas, *vid.* TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *Aspectos jurídico-laborales...*, *op. cit.*, p. 69; MERINO SEGOVIA, Amparo y RENTERO JOVER, Antonio, “Fórmulas atípicas de regulación...” *op. cit.*, p. 282. La mejora de la reputación empresarial afecta positivamente en última instancia a la cuenta de resultados y al valor de las acciones de las sociedades. En este sentido, puede citarse el ejemplo de las empresas químicas Novo Group y Montsanto, la primera gracias a su estrategia clara de responsabilidad social corporativa, consiguió duplicar el valor de sus acciones, mientras que la segunda veía como su valor se reducía a la mitad, incluso aunque en último momento trató de introducir cauces de dialogo con los stakeholders –los afectados por la actividad de la sociedad–, *vid.* KREIDE, Regina, “Justicia global, pobreza y responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 123-124.

¹⁰⁵⁶ Se ha puesto de manifiesto por la doctrina que no puede olvidarse que el desarrollo de la responsabilidad social corporativa también queda condicionado porque los gestores de las empresas empezaron a defender que los efectos derivados de la responsabilidad social corporativa –mayor productividad, menores accidentes– eran más positivos que los costes derivados de su puesta en marcha, *vid.* HEPPLET, Bob, “A race to the top? ...”, *op. cit.*, p. 355. Asimismo, se ha señalado que la responsabilidad social corporativa contribuye a facilitar las relaciones de las empresas transnacionales y los países en desarrollo –en principio estos Estados estarían

La promoción y defensa de los principios éticos, que dicen incorporar a través de los instrumentos de responsabilidad social corporativa, por las direcciones empresariales o su apuesta por el marketing ético se verán confirmadas o refutadas por el contenido de estas normas. Si el compromiso ético de las compañías es real, deberán abstenerse de caer en un *self service* normativo que limite los efectos beneficiosos de la responsabilidad social corporativa ¹⁰⁵⁷. En otras palabras, aquellas empresas comprometidas verdaderamente con unos objetivos éticos y medio ambientales no deberían elegir solo aquellas normas que les resulten más fácil cumplir o que les reporten una mayor publicidad o reconocimiento, dejando de lado otras que les sea más gravoso de cumplir. Lo contrario, elegir parcialmente qué normas cumplir como si fuera un *self service* normativo, evidenciaría que en ese caso concreto el compromiso de la compañía con la responsabilidad social corporativa es puramente un medio más de marketing.

interesados en aprovecharse de las empresas transnacionales aumentando la presión fiscal, ello elevaría los costes y provocaría que no fuera tan rentable la deslocalización, las empresas usan la responsabilidad social corporativa para mostrar su predisposición a no abusar de su posición en dichos Estados, sino a tener una relación simbiótica–, *vid.* GARAVITO MASALÍAS, Cecilia, “Mercado de trabajo...”, *op. cit.*, p. 32. De igual forma, se ha afirmado que la responsabilidad social corporativa es fruto de la búsqueda de mejores resultados económicos que requieren de una mayor innovación, pero también de la asunción de responsabilidades éticas por parte de las empresas transnacionales, MORATO GARCÍA, Rosa María, “Códigos de comportamiento...”, *op. cit.*, p. 124. Sin que pueda descartarse el compromiso ético de la empresa transnacional como el motivo real detrás de algunos instrumentos de responsabilidad social corporativa, *vid.* GARCÍA LASO, Agustín, “Retos y límites de la responsabilidad social corporativa...”, *op. cit.*, p. 37. En definitiva, cada vez más se valora la responsabilidad social corporativa como un instrumento más de competitividad empresarial que genera una mayor rentabilidad de la empresa, generando valor a largo plazo, sobre este debate, *vid.* RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, José Miguel, MELLE HERNÁNDEZ, Mónica y SASTRE CENTENO, José Manuel, *Gobierno y responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 51; BARAÑANO CID, Margarita, “Contexto, concepto y dilemas...”, *op. cit.*, p. 30. En cualquier caso, obviamente el éxito de la responsabilidad social corporativa es muestra de que su implementación es beneficiosa para ambas partes, trabajadores y empresarios, *vid.* DROUNI, Renée-Claude, “El papel de la OIT...”, *op. cit.*, p. 279. También se ha identificado como motivos para controlar la cadena de suministros a través de instrumentos de responsabilidad social corporativa: el cuidado de la imagen de la empresa principal; la mejora de la producción; lograr una relación estable con los proveedores; la posibilidad de intervenir en el proceso de producción de otras compañías, por ejemplo, a través de recomendaciones o sugerencias; la disminución del riesgo de denuncias de malas prácticas; cumplir los requerimientos de la sociedad y mejorar la competitividad, GALA DURÁN, Carolina, “La gestión socialmente responsable...”, *op. cit.*, p. 1219-1220. Tampoco puede infravalorarse que las empresas opten por desarrollar iniciativas de responsabilidad social corporativa como mecanismo para evitar que los poderes públicos – nacionales e internacionales– dicten normas de obligado cumplimiento al respecto, DILLER, Janelle, “¿Una conciencia social...”, *op. cit.*, p. 114. Además, otros factores externos condicionan la promoción de la responsabilidad social corporativa en una sociedad, por ejemplo, son más propensas a dotarse de instrumentos de responsabilidad social corporativa las sociedades de mayor tamaño, aquellas que pertenecen al sector tecnológico o petrolero, y aquellas otras sociedades cotizadas de referencia en los índices bursátiles, *vid.* CHIVITE CEBOLLA, M^a Peana, ENCISO de YZAGUIRRE, Vicente, et al., “Determinantes de la Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 146.

¹⁰⁵⁷ Al respecto, se ha cuestionado si es acertado que las empresas transnacionales “seleccionen” qué derechos fundamentales quieren respetar cuando ello no se permite ni a Estados ni a ciudadanos en virtud del artículo 53 del Convenio de Viena, de 23 de mayo de 1969, sobre el Derecho de los Tratados, que define las normas de *ius cogens*, es decir, normas internacionales imperativas DAUGAREILH, Isabelle, “Responsabilidad social...”, *op. cit.*, p. 93.

A pesar de las motivaciones de las empresas, lo paradójico es que aunque el motivo principal detrás de la responsabilidad social corporativa sea combatir la mala reputación que generan los abusos de algunas compañías transnacionales en los Estados en vías de desarrollo, la puesta en marcha de medidas de responsabilidad social por parte de las empresas transnacionales debe hacer frente a las reticencias de esos Estados en vías de desarrollo que tienen una visión completamente opuesta a la percepción de los gobernantes y trabajadores de los Estados más desarrollados. Los Estados del llamado tercer mundo están a menudo dispuestos a sacrificar estándares laborales en contrapartida de un incremento de su competitividad en su acceso a los mercados internacionales¹⁰⁵⁸. En definitiva, el fomento o, en el mejor de los casos, la tolerancia del dumping social por los Estados en vías de desarrollo dificulta la apuesta de las empresas transnacionales por la responsabilidad social corporativa¹⁰⁵⁹.

En conclusión, la ausencia de instituciones y actores internacionales ha facilitado que el papel de árbitro, que debería desempeñar un tercero ajeno a la prestación de servicios por cuenta ajena, lo estén ocupando a través de la responsabilidad social corporativa, las empresas transnacionales, guiando su actuación no siempre por la tutela de los derechos de los trabajadores, como luego se verá cuando estudiemos el contenido. Por tanto, se ha producido de facto la privatización internacional de la producción de normas laborales en una de las partes de la relación¹⁰⁶⁰. Ello, sin duda, genera problemas y distorsiones a los que hay que dar solución, sobre todo en cuanto a la representación de los trabajadores, para evitar que las grandes corporaciones internacionales limiten u obstaculicen su desarrollo.

3. Los instrumentos de gestión de la Responsabilidad Social Corporativa: de la autorregulación a la correulación

El análisis de los instrumentos a través de los cuales se articula la responsabilidad social corporativa puede abordarse desde diferentes perspectivas. El que quizá sea el elemento diferenciador principal, aunque hay otros¹⁰⁶¹, es el que distingue entre los

¹⁰⁵⁸ OJEDA AVILÉS, Antonio, *Derecho Transnacional del Trabajo*, op. cit., p. 358.

¹⁰⁵⁹ Así, se ha puesto de manifiesto que las empresas transnacionales verán como una desventaja competitiva que otras compañías, transnacionales o locales de los Estados en desarrollo, puedan beneficiarse de los bajos estándares laborales de esos Estados, HEPPLET, Bob, “A race to the top? ...”, op. cit., p. 362.

¹⁰⁶⁰ Así, se ha afirmado que el control unilateral en manos de las empresas transnacionales ha provocado una privatización de los derechos formalmente garantizados en la esfera pública, LILLIE, Nathan, “El convenio sobre el trabajo marítimo...”, op. cit., p. 232. La privatización de las normas laborales internacionales conlleva el cuestionamiento de los motivos verdaderos detrás de su aprobación. Por ello, si se quiere dotar de credibilidad a las mismas es necesario el acuerdo en su redacción entre la dirección empresarial y las organizaciones sindicales, vid. JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, Juan Carlos, *La responsabilidad social...*, op. cit., p. 114.

¹⁰⁶¹ Otro criterio, más transversal y que, por tanto, discrimina peor entre los diferentes instrumentos de responsabilidad social corporativa, es el que diferencia según las responsabilidades derivadas de los instrumentos de responsabilidad social corporativa. Según este criterio puede diferenciarse entre responsabilidades primarias, secundarias y terciarias. Las responsabilidades primarias se consideran inherentes

acuerdos según los sujetos que intervinieron en la redacción de la norma. En este sentido, podemos distinguir declaraciones unilaterales, bilaterales y multilaterales¹⁰⁶².

Las declaraciones unilaterales, denominadas habitualmente códigos éticos, son redactadas exclusivamente por las empresas, sin contar con la colaboración y mucho menos con la negociación de organizaciones sindicales o del Comité de Empresa Europeo.

Las declaraciones multilaterales participan tanto representantes de la dirección empresarial, como de los trabajadores y, además, pueden participar representantes de los Estados y/o de organismos internacionales¹⁰⁶³.

Finalmente, los instrumentos bilaterales o negociados no dejan de ser instrumentos que parten de la voluntad de las empresas, pero que buscan una mayor legitimidad de sus iniciativas en materia de responsabilidad social corporativa. Son ellas, por tanto, las que marcan el inicio de las negociaciones, sin su buena disposición la representación de los trabajadores no podría imponer la negociación. No obstante, a pesar de que los instrumentos bilaterales vengán marcados por la voluntad unilateral de la empresa, su carácter negociado les dota de unas características particulares y de una proyección de futuro que no poseen los códigos unilaterales.

Las carencias de los códigos éticos, los deseos de algunas compañías de desarrollar fórmulas de responsabilidad social más efectivas que favorecieran la paz social en sus plantillas, sin prescindir de la buena reputación que les reportaban los códigos éticos, y el fuerte interés de las organizaciones sindicales globales en fomentar instrumentos globales negociados alternativos a los códigos éticos, que les permitan constituir órganos representación que contrarresten el poder de las organizaciones empresariales transnacionales¹⁰⁶⁴, han incidido de forma determinante en la evolución

a la actividad específica de la empresa, su falta de conocimiento puede provocar la situación de supervivencia empresarial. Las responsabilidades secundarias intentan mejorar los resultados de esa misma actividad específica en los grupos sociales interdependientes de la empresa. Finalmente, las responsabilidades terciarias van orientadas a actuaciones de la empresa para mejorar su entorno social, mas allá de su actividad específica, *vid.* SALAS OLLÉ, Carles, RODRÍGUEZ LUNA, Javier y SARO OTS, Héctor, “La responsabilidad social corporativa...”, *op. cit.*, p. 8.

¹⁰⁶² OJEDA AVILÉS, Antonio, *Derecho Transnacional del Trabajo*, *op. cit.*, p. 361. También denominadas autorreguladas, negociadas y heterorreguladas.

¹⁰⁶³ Estos acuerdos son fundamentalmente impulsados por los gobiernos (*government-driven*) con el objetivo de persuadir a las compañías transnacionales para que incorporen enfoques de resolución de problemas que han sido tradicionalmente consideradas como áreas de responsabilidad pública, CHAHOUD, Tatjana, “International instruments for Promoting Corporate Responsibility (CSR)”, *German Development Institute*, Briefing paper, 2/2005, p. 2.

¹⁰⁶⁴ SOBZAK, André, “Aspectos legales de los acuerdo...”, *op. cit.*, p. 148. De hecho, las federaciones sindicales internacionales han potenciado la constitución de órganos de representación que equilibraran las relaciones laborales transnacionales desde los años 60, cuando las federaciones internacionales del metal, productos químicos y alimentación, ante la internacionalización de sus sectores, apostaron por la creación de

de los códigos unilaterales para convertirlos en códigos negociados. Estos instrumentos bilaterales suponen un ejemplo de corregulación en el ámbito internacional que suelen ser negociados normalmente entre empresas transnacionales y Federaciones sindicales internacionales, usualmente se denominan Acuerdos Marco Globales¹⁰⁶⁵.

Estos acuerdos negociados son especialmente importantes porque, en primer lugar, suponen uno de los escasos ejercicios de representación internacional de los trabajadores. Además, en segundo lugar, su importancia reside en que facilitan la aplicación de los convenios de la OIT porque el punto de equilibrio suele alcanzarse en torno a estas normas internacionales¹⁰⁶⁶. De tal suerte que resultarán de aplicación incluso en Estados que no los hayan ratificado a través de las empresas transnacionales que desarrollen su actividad dentro de sus fronteras.

Por tanto, que las compañías opten por desarrollar instrumentos de autorregulación o de corregulación, es decir, instrumentos unilaterales o bilaterales, será una primera muestra de la ambición de la dirección por incorporar principios éticos. Los códigos acordados o con intervención y consulta de los trabajadores o de sujetos afectados por la actividad de las empresas suelen ser más exhaustivos y con sistemas de control y verificación más profundos¹⁰⁶⁷.

En cuanto al contenido de los instrumentos de responsabilidad social corporativa, este es muy variado y es casi imposible establecer un modelo genérico que permita comprender todas las variables que contienen estos códigos. Ni siquiera es posible establecer una diferenciación rotunda entre los instrumentos autorregulados o corregulados. Aunque sí parece que, por norma general, los acuerdos bilaterales recogen regulaciones de derechos más exigentes y tuitivas que los códigos unilaterales, como enseguida veremos.

Asimismo, antes de acometer un análisis más detallado de los instrumentos de responsabilidad social corporativa transnacional, debemos referirnos brevemente a los destinatarios de esos distintos instrumentos. En primer lugar, tanto los códigos

comités mundiales *vid.* COSTA, Isabel de y REHFELDT, Udo, “Convenios colectivos transfronterizos...”, *op. cit.*, p. 71.

¹⁰⁶⁵ No obstante, algunos autores sostienen que los Acuerdos Marco Globales no son una forma de responsabilidad social corporativa, si fueran lo mismo habría tantos Acuerdos Marco Globales como códigos de conducta, en lugar de un número sensiblemente inferior, GALLIN, Dan, “Acuerdos Marco Internacionales...”, *op. cit.*, p. 60. Debe compartirse la crítica de que los Acuerdos Marco Globales tienen características diferentes respecto de los otros instrumentos de responsabilidad social corporativa, pero ello no excluye su naturaleza de una norma más de responsabilidad social corporativa, pero con características diferentes.

¹⁰⁶⁶ MERINO SEGOVIA, Amparo y RENTERO JOVER, Antonio, “Fórmulas atípicas de regulación...” *op. cit.*, p. 288.

¹⁰⁶⁷ Ninguno de estos efectos beneficiosos puede observarse fácilmente en los códigos éticos unilaterales, *vid.* SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “Códigos de conducta...”, *op. cit.*, p. 21.

unilaterales como los bilaterales, pueden contener prescripciones exclusivamente para los sujetos de la propia organización, accionistas y trabajadores, estas cláusulas se conocen como la dimensión interna de la responsabilidad social corporativa¹⁰⁶⁸, ciertamente el ámbito subjetivo y objetivo –sujetos destinatarios y las materias que suelen regular– de los instrumentos éticos en esta dimensión interna plantean coincidencias con el contenido y sujetos típicos de la negociación colectiva nacional¹⁰⁶⁹. En segundo lugar, también es habitual encontrar prescripciones sobre actividades que quedan fuera del ámbito de gestión directa y mediata de la empresa transnacional, pero sobre los cuales puede influir la actividad de la empresa y sobre sujetos que pueden verse afectados por la misma, *stakeholders*. Esta segunda variable es conocida como dimensión externa de la responsabilidad social corporativa¹⁰⁷⁰, en este caso el compromiso ético de la dirección empresarial va más allá de las fronteras tradicionales de las compañías, la responsabilidad social trata de extender sus principios a toda la cadena de producción (clientes, proveedores y contratistas)¹⁰⁷¹. En la práctica real, los diferentes instrumentos de responsabilidad social corporativa suelen combinar cláusulas de dimensión interna y externa¹⁰⁷².

En este sentido, diferenciar entre la dimensión interna y externa es relevante porque, siguiendo el modelo de redes empresariales transnacionales que hemos descrito en el primer capítulo de este estudio, podríamos afirmar que la dimensión interna de la responsabilidad social corporativa es la manifestación de la voluntad de las direcciones empresariales de establecer algunos compromisos éticos en las relaciones laborales en las empresas por dominación, aquellas empresas en las que una compañía ejerce de matriz del grupo, lo sea o no societariamente. Mientras que, por otra parte, la dimensión externa de la responsabilidad social corporativa sería la exteriorización de la necesidad que tienen las direcciones empresariales de fijar esos compromisos éticos en las relaciones laborales de las empresas por coordinación, aquellos grupos

¹⁰⁶⁸ Libro Verde de la Unión Europea “Fomentar un marco europeo para la Responsabilidad Social de la empresa”, de 18 de julio de 2001, [COM 2001, 366 final], pp. 8-12.

¹⁰⁶⁹ Al respecto, MERINO SEGOVIA, Amparo, “Mecanismos de regulación de la responsabilidad social de las empresas europeas” en RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M^a Luz, *La negociación colectiva europea*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, p. 367.

¹⁰⁷⁰ Distintos autores hacen referencia a esta doble dimensión: TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *Aspectos jurídico-laborales...*, *op. cit.*, p. 45; TASCÓN LÓPEZ Rodrigo, “Reflexiones sobre la naturaleza jurídica...”, *op. cit.*, p. 1025; MOLINA MARTÍN, Amparo M, “La regulación de la movilidad...”, *op. cit.*, p. 121; SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “Códigos de conducta...”, *op. cit.*, p. 202. Sobre la dimensión externa *vid.* Libro Verde de la Unión Europea “Fomentar un marco europeo para la Responsabilidad Social de la empresa”, de 18 de julio de 2001, [COM 2001, 366 final], pp. 12-17.

¹⁰⁷¹ El modelo stakeholder parte de que la empresa se entiende como una organización que, mediante la producción de bienes y servicios, desea satisfacer las necesidades de los diferentes grupos que la integran. Cada partícipe tendrá su propio objetivo personal, pero solo lo alcanzará a través de su compromiso con la acción colectiva realizada a través de la firma, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, José Miguel, MELLE HERNÁNDEZ, Mónica y SASTRE CENTENO, José Manuel, *Gobierno y responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 22.

¹⁰⁷² LÓPEZ CUMBRE, Lourdes, “La dimensión normativa...”, *op. cit.*, p. 93.

de empresas vinculados en condiciones de igualdad mediante relaciones no estables. Es decir, a pesar de que las sociedades que componen las empresas por coordinación no mantienen vínculos jurídicos sólidos, las direcciones de las sociedades transnacionales vienen a imponer el respeto a determinados principios éticos en el ámbito laboral a sus proveedores o asociados, porque consideran que los posibles abusos cometidos por la actuación de estos les puede reportar un perjuicio y porque, en última instancia, consideraran que la actuación de dichas empresas no le es ajena. Tendremos ocasión de volver sobre la dimensión externa de la responsabilidad social corporativa más adelante.

a. Convenios de referencia

El análisis de los instrumentos transnacionales de responsabilidad social corporativa debe comenzar por el análisis de los convenios de referencia, no porque su contenido recoja normas sobre la representación de los trabajadores o porque sean instrumentos negociados con los representantes de los trabajadores, sino porque estos acuerdos multilaterales sirven en muchos casos de referencia a los acuerdos unilaterales y a los acuerdos negociados con los representantes de los trabajadores, cuyo contenido o formalización sí presentan vínculos con la representación de los trabajadores en las empresas transnacionales. En esa medida, conviene clarificar los fronteras de esta figura que influye notablemente en las demás.

Los convenios de referencia, también denominados códigos marco¹⁰⁷³, son convenios elaborados por organizaciones internacionales o regionales con el fin de establecer un modelo en el que las empresas transnacionales puedan basar la construcción de sus propias herramientas de responsabilidad social corporativa en sus organizaciones.

Una de sus características más específicas es, por tanto, que estos códigos no serán de aplicación directa sino que están destinados a servir de base a las negociaciones de los códigos de conducta a otros niveles¹⁰⁷⁴. Precisamente por su aplicación en segundo grado, este tipo de códigos recogen una serie de recomendaciones destinadas a servir de suelo en las negociaciones. Es decir, las partes que negocien códigos inspirándose en estos convenios de referencia siempre podrán mejorar las disposiciones en ellos recogidas. Sin embargo, precisamente por el prestigio de las instituciones que los proponen, es habitual encontrar instrumentos de responsabilidad social corporativa en empresas que han reproducido literalmente total o parcialmente estos instrumentos.

¹⁰⁷³ Es muy habitual que la doctrina se refiera a estos códigos como códigos marco. Sin embargo para diferenciar claramente estos instrumentos de los Acuerdo Marco Globales, con unas características absolutamente divergentes, se ha optado por referirnos estos códigos como convenios de referencia.

¹⁰⁷⁴ MERINO SEGOVIA, Amparo y RENTERO JOVER, Antonio, “Fórmulas atípicas de regulación...” *op. cit.*, p. 286.

Otra de las características de estos convenios es que son elaborados de forma unilateral por las instituciones que los promocionan. Sin embargo, en cierta forma también podríamos decir que estos son normas multilaterales en el sentido de que las instituciones que los aprueban suelen estar compuestas por una pluralidad de sujetos, como representantes de los trabajadores, de los empleadores y de los Estados. Ello sitúa a estas herramientas a medio camino entre los códigos unilaterales y los bilaterales, compartiendo características de ambas categorías. Así, por ejemplo, su contenido suele ser más amplio que el contenido de los códigos unilaterales y más cercano al de los códigos bilaterales, muchos de los cuales se inspiran en estos instrumentos multilaterales, pero solo acogen parcialmente el catálogo de derechos contemplado por las organizaciones internacionales. Ello no es obstáculo para considerar igualmente que los contenidos de los convenios de referencia suelen tener un elevado grado de abstracción, para facilitar su aplicabilidad a todo tipo de empresas y en todo tipo de Estados.

Estos convenios suelen incorporar mecanismos de control y seguimiento, como pueden ser informes de seguimiento¹⁰⁷⁵, por parte de los Estados o de las empresas transnacionales que optan por seguir sus recomendaciones. Como no son normas de aplicación en primer grado, sino que su objetivo es inspirar a los actores que negociarán los códigos de aplicación directa, estos controles son escasamente efectivos y, en el mejor de los casos, se limitan a enumerar recomendaciones o incumplimientos, sin que se imponga la corrección o la reparación de las normas incumplidas. Si la presencia generalizada de herramientas de seguimiento recuerda más a los acuerdos bilaterales, su escasa efectividad es más propia de los instrumentos unilaterales.

Fruto del interés creciente de empresas y ciudadanía en la responsabilidad social corporativa, distintos organismos internacionales han elaborado recomendaciones y códigos de referencia para las empresas multinacionales. Son meritorios, aunque no son los únicos convenios marco¹⁰⁷⁶: las Directrices de la OCDE para las empresas multinacionales¹⁰⁷⁷; la Declaración Tripartita de la OIT sobre Empresas

¹⁰⁷⁵ BAYLOS, GRAU, Antonio, “Globalización y Derecho...”, *op. cit.*, p. 36.

¹⁰⁷⁶ Otros ejemplos de códigos marco son: el desarrollado por la Ethical Tradding Initiative, el negociado por la Confederación de Asociaciones Nacionales de Curtidores de la Unión Europea y la Federación Sindical Europea del Textil, de la Confección y del Cuero. Pueden consultarse con más detalle en MERINO SEGOVIA, Amparo y RENTERO JOVER, Antonio, “Fórmulas atípicas de regulación...” *op. cit.*, p. 287.

¹⁰⁷⁷ La OCDE aprobó en 1976 las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales. Estos principios serían revisados en los años 1998 y 2000.

Multinacionales y Política Social¹⁰⁷⁸; el Pacto Mundial de las Naciones Unidas¹⁰⁷⁹; finalmente la norma ISO26000 elaborada por Organización Internacional de Estandarización¹⁰⁸⁰.

a.1. Directrices de la OCDE para las empresas Multinacionales

El convenio de referencia aprobado por la OCDE, denominado Directrices de la OCDE para las empresas multinacionales, articula una serie de recomendaciones para la correcta actuación empresarial, para todas las empresas, independientemente de que el país en el que operen se haya adherido o no a dichos principios.

La OCDE recoge una serie de recomendaciones en cuestiones tan variadas como el empleo y relaciones laborales¹⁰⁸¹, los derechos humanos¹⁰⁸², la transparencia en el

¹⁰⁷⁸ Adoptada por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo en su 204ª reunión (Ginebra, 16 de noviembre de 1977), enmendada en las reuniones 279ª (noviembre de 2000) y 295ª (marzo de 2006).

¹⁰⁷⁹ El 31 de enero de 1999 en el Foro Económico Mundial el entonces Secretario General de la ONU, Kofi Annan, propuso a los líderes empresariales reunidos en Davos el Pacto Mundial “*de valores y principios compartidos, lo que dará una cara humana al mercado global*” (Nota de Prensa ONU, 1 de febrero de 1999, SG/SM/6881).

¹⁰⁸⁰ La norma ISO26000 fue aprobada por la Organización Internacional de Estandarización el 1 de noviembre de 2010 y reformada en el año 2014.

¹⁰⁸¹ Las Directrices de la OCDE enumeran una serie de compromisos laborales muy vinculados con la representación de los trabajadores como, por ejemplo, el derecho a formar o afiliarse a sindicatos y organizaciones representativas; el derecho de los trabajadores a encomendar a los sindicatos y organizaciones representativas de su elección las negociaciones colectivas y a iniciar negociaciones de buena fe con los representantes de la dirección o direcciones empresariales con el objeto de llegar a acuerdos sobre condiciones de empleo; facilitar a los representantes de los trabajadores los medios adecuados para que puedan desempeñar adecuadamente sus funciones; facilitar a los representantes de los trabajadores la información que necesiten para el desarrollo de sus funciones; permitir a los representantes de los trabajadores negociar sobre cuestiones relacionadas con convenios colectivos. Además de las exigencias en materia de representación, la OCDE también reclama de las sociedades transnacionales que respeten un estándar de derechos socio-laborales mínimo como abolir el trabajo infantil, impedir el trabajo forzoso, respetar el principio de igualdad de oportunidades; En la mayor medida de lo posible, emplear a personal local para sus actividades y proporcionarle capacitación con el fin de mejorar los niveles de cualificación, en colaboración con los representantes de los trabajadores y, en su caso, con las autoridades públicas competentes (Capítulo V de las Directrices de la OCDE).

¹⁰⁸² Al respecto, por ejemplo, la OCDE requiere a las compañías transnacionales para que dentro del marco de los derechos humanos internacionalmente reconocidos y de los compromisos internacionales en materia de derechos humanos suscritos por los países en los que estas ejercen su actividad, así como en el marco de las leyes y regulaciones nacionales pertinentes, respeten los derechos humanos, lo cual significa que han de velar por no vulnerar los derechos de los demás y hacer frente a los impactos negativos sobre los derechos humanos en los que se vean implicadas (Capítulo IV de las Directrices de la OCDE).

acceso a la información¹⁰⁸³, el medio ambiente¹⁰⁸⁴, la lucha contra la corrupción¹⁰⁸⁵, la defensa de los consumidores¹⁰⁸⁶, la promoción de la ciencia y tecnología¹⁰⁸⁷, la competencia¹⁰⁸⁸ o las cuestiones tributarias¹⁰⁸⁹.

Además de las recomendaciones en las diversas materias reseñadas, las directrices de la OCDE contienen varios mecanismos para garantizar la eficacia de las mismas. En primer lugar, contempla la creación de Puntos de Contacto Nacionales, para promocionar los principios aprobados por la OCDE, para recabar información sobre la aplicación de los principios y ayudar en la resolución de problemas interpretativos.

¹⁰⁸³ En este sentido, por ejemplo, La OCDE anima a las empresas transnacionales a garantizar la publicación, en los plazos oportunos, de información exacta sobre todos los aspectos significativos de sus actividades, estructura, situación financiera, resultados, accionistas y sistema de gobierno corporativo. Las políticas de divulgación de información de las empresas deberán incluir la publicación de información detallada relativa, entre otras, a las siguientes cuestiones: los resultados financieros y de explotación; los objetivos empresariales; las participaciones significativas de accionistas y los derechos de voto, incluida la estructura del grupo de empresas y las relaciones internas, así como los mecanismos para reforzar el control; la política de remuneración de los miembros del consejo de administración y de los principales directivos con información sobre los administradores, en particular sus cualificaciones, el proceso utilizado para su designación, su eventual pertenencia al consejo de administración de otras sociedades y la apreciación del consejo de administración sobre su independencia; las transacciones con partes vinculadas; los factores de riesgo previsible; y las cuestiones relativas a los trabajadores y otras partes interesadas (Capítulo III de las Directrices de la OCDE).

¹⁰⁸⁴ En este sentido, las empresas transnacionales deberán tomar debidamente en cuenta la necesidad de proteger el medio ambiente, la salud y la seguridad públicas y, en general, deberán realizar sus actividades de manera que contribuyan al objetivo más amplio del desarrollo sostenible (Capítulo VI de las Directrices de la OCDE).

¹⁰⁸⁵ Las empresas transnacionales no deberán ofrecer, prometer, dar ni solicitar, directa o indirectamente, pagos ilícitos u otras ventajas indebidas para obtener o conservar un contrato u otra ventaja ilegítima. Las empresas deberán, asimismo, rechazar cualquier soborno y otras formas de extorsión (Capítulo VII de las Directrices de la OCDE).

¹⁰⁸⁶ En sus relaciones con los consumidores, las empresas deberán actuar siguiendo unas prácticas comerciales, de marketing y publicitarias leales y deberán adoptar todas las medidas razonables para garantizar la calidad y la fiabilidad de los bienes y servicios que proporcionan (Capítulo VIII de las Directrices de la OCDE).

¹⁰⁸⁷ Las empresas transnacionales deberán, entre otras obligaciones, esforzarse por garantizar que sus actividades sean compatibles con las políticas y planes en materia de ciencia y tecnología de los países en los que ejercen su actividad y contribuir, de forma apropiada, al desarrollo de la capacidad innovadora local y nacional. Asimismo, en la medida de lo posible, adoptarán, en el desarrollo de sus actividades empresariales, prácticas que permitan la transferencia y la rápida difusión de las tecnologías y del know-how, teniendo debidamente en cuenta la protección de los derechos de propiedad intelectual (Capítulo IX de las Directrices de la OCDE).

¹⁰⁸⁸ La OCDE exige a las empresas transnacionales llevar a cabo sus actividades de forma compatible con todas las leyes y regulaciones aplicables en materia de competencia, teniendo en cuenta la legislación en materia de competencia de todos los países en los que sus actividades puedan tener efectos anticompetitivos. Así, deberán abstenerse de celebrar o concluir acuerdos contrarios a la competencia, en particular acuerdos con los que se pretenda: fijar precios; realizar ofertas concertadas (colusión de oferentes en licitaciones); establecer límites a la producción o contingentes; o repartirse o subdividir los mercados mediante el reparto de clientes, proveedores, zonas geográficas o ramas de actividad (Capítulo X de las Directrices de la OCDE).

¹⁰⁸⁹ En este caso, la OCDE considera que las empresas deben contribuir a las finanzas públicas de los países anfitriones cumpliendo puntualmente con sus obligaciones tributarias. Concretamente, las empresas deberán cumplir con la letra y con el espíritu de las leyes y regulaciones tributarias de los países en los que operan (Capítulo XI de las Directrices de la OCDE).

Asimismo, también prevén la creación de un Comité Internacional para clarificar los principios de la declaración.

Sin embargo, a pesar de que en una primera lectura los instrumentos para garantizar la eficacia de las Directrices pueda situar a este convenio de referencia como un instrumento útil para la aplicación de los principios éticos y sociales en ellos contenidos, lo cierto es que en la práctica su eficacia ha demostrado ser mucho más débil¹⁰⁹⁰. En realidad, los Puntos de contacto nacionales casi han dejado de existir o han visto muy limitadas sus acciones. Además, el Comité Internacional, que puede interpretar la declaración de la OCDE, ha sido extraordinariamente cauteloso en aquellas ocasiones en las que ha tenido que expresar su opinión, restringiendo el ámbito de actuación de la Directrices de la OCDE en lugar de apostar por una interpretación expansiva¹⁰⁹¹.

a.2. Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social

La OIT ha desarrollado su propio código de referencia sobre la responsabilidad social corporativa a través de la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social¹⁰⁹². Esta declaración, por la propia naturaleza de la OIT, es el único instrumento jurídico internacional dirigido a las empresas transnacionales que tiene carácter multilateral, universal y tripartito¹⁰⁹³.

La Declaración Tripartita dirige recomendaciones a los gobiernos, a las organizaciones de empleadores y de trabajadores de los países de acogida y de origen y a las propias empresas multinacionales¹⁰⁹⁴. En concreto, pueden encontrarse hasta 51 recomendaciones que afectan a materias muy variadas¹⁰⁹⁵, como el respeto a la legalidad vigente del Estado en el que operen las empresas transnacionales; la promoción del empleo; la igualdad y no discriminación; la seguridad en el empleo; la formación; el salario y las condiciones de trabajo; la edad mínima de trabajo; la seguridad e higiene en el trabajo; y, finalmente, sobre la libertad sindical, el derecho de sindicación y la negociación colectiva. Como se ve, al contrario que las Directrices

¹⁰⁹⁰ HEPPLET, Bob, “A race to the top? ...”, *op. cit.*, p. 354.

¹⁰⁹¹ HEPPLET, Bob, “A race to the top? ...”, *op. cit.*, p. 354.

¹⁰⁹² Adoptada por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo en su 204ª reunión (Ginebra, 16 de noviembre de 1977), enmendada en las reuniones 279ª (noviembre de 2000) y 295ª (marzo de 2006).

¹⁰⁹³ DAUGAREILH, Isabelle, “Responsabilidad social...”, *op. cit.*, p. 85.

¹⁰⁹⁴ §4 de la Declaración tripartita OIT.

¹⁰⁹⁵ Se ha criticado a la declaración de la OIT que parece una acumulación de normas improvisadas, sin coherencia entre ellas y que, a pesar del prestigio de la OIT, la declaración no ha conseguido ocupar un papel destacado entre los convenios de referencia, *vid.* OJEDA AVILÉS, Antonio, *Derecho Transnacional del Trabajo*, *op. cit.*, p. 368.

de la OCDE que contenían una versión más general de los principios éticos en la gestión de la sociedad transnacional, su contenido se limita a asuntos laborales, el ámbito específico de trabajo de la OIT.

En cuanto a la representación transnacional de los trabajadores, la Declaración dedica los parágrafos 41 a 59 a establecer recomendaciones sobre derecho colectivo en estas empresas. Aunque, lamentable ninguna estas previsiones es aborda específicamente la negociación colectiva, ni los procedimientos de consultas transnacionales¹⁰⁹⁶.

Habría sido deseable que la declaración de la OIT fuera más ambiciosa y apostara por fomentar los Acuerdos negociados entre empresas y organizaciones sindicales transnacionales de trabajadores, manteniendo el difícil equilibrio entre intervención y mantenimiento de la autonomía y voluntariedad de las partes¹⁰⁹⁷, para no dinamitar la apuesta de las empresas transnacionales por estas fórmulas de autorregulación, pero garantizando que los instrumentos que se inspiraran en la Declaración fueran herramientas más justas en el reparto de cargas entre las partes.

En cuanto a aquellas recomendaciones vinculadas directamente con la representación de los trabajadores, la Declaración señala que las empresas transnacionales deben tener los mismos derechos y deberes de naturaleza colectiva que las empresas que desarrollen su actividad de forma exclusiva en un Estado¹⁰⁹⁸. En concreto, los trabajadores deberían tener derecho a constituir las organizaciones de representación que estimen oportunas así como a afiliarse a a estas organizaciones. Los trabajadores deberían también gozar de una adecuada protección contra todo acto de discriminación tendente a menoscabar su libertad sindical¹⁰⁹⁹ y no debería impedirse que los representantes de los trabajadores se reúnan entre ellos para abordar ¹¹⁰⁰. También recomienda que no se limite la entrada y la libertad de movimientos de los representantes de organizaciones internacionales de empleadores y trabajadores cuando se trasladen a algún país por invitación de organizaciones locales o nacionales¹¹⁰¹.

En cuanto al derecho a la negociación colectiva, la Declaración Tripartita contempla que los trabajadores deberían tener el derecho a que las organizaciones que los representan sean reconocidas por el empleador a efectos de negociación colectiva¹¹⁰².

¹⁰⁹⁶ DROUNI, Renée-Claude, “El papel de la OIT...”, *op. cit.*, p. 288.

¹⁰⁹⁷ DROUNI, Renée-Claude, “El papel de la OIT...”, *op. cit.*, p. 281.

¹⁰⁹⁸ § 11 de la Declaración tripartita OIT.

¹⁰⁹⁹ § 42 de la Declaración tripartita OIT.

¹¹⁰⁰ § 47 de la Declaración tripartita OIT.

¹¹⁰¹ § 48 de la Declaración tripartita OIT.

¹¹⁰² § 49 de la Declaración tripartita OIT.

Finalmente, es interesante destacar dos previsiones de la Declaración Tripartita que pretenden establecer sendos criterios morales en la deslocalización de las actividades productivas empresariales. En primer lugar, la OIT recomienda que los Estados de acogida que ofrezcan incentivos a las inversiones extranjeras no lo hagan limitando la libertad sindical de los trabajadores, ni el derecho a la sindicación y negociación colectiva de los mismos¹¹⁰³. En segundo lugar, se requiere a las compañías transnacionales para que no usen la deslocalización de sus centros de trabajo como mecanismo de presión en las negociaciones con los representantes nacionales de sus trabajadores¹¹⁰⁴.

En cuanto a los mecanismos para hacer efectivos todos los principios contenidos en la Declaración, en 1986 se creó un procedimiento específico para clarificar e interpretar el texto de la Declaración. No obstante, ha sido poco útil debido al restringido acceso que se articula de este proceso, no puede alegarse respecto de la legislación y la práctica nacionales, los convenios y recomendaciones internacionales del trabajo y, finalmente, los asuntos que incumben al procedimiento de libertad sindical¹¹⁰⁵. A parte de este procedimiento de interpretación, sin carácter obligatorio y raramente usado, la Declaración no incorpora sanciones contra los incumplimientos de sus estándares, por lo que ha sido bastante ineficiente¹¹⁰⁶.

En último lugar, los códigos de referencia de la OCDE y de la OIT son perfectamente compatibles entre sí, incluso complementarios¹¹⁰⁷. No obstante, la valoración que puede hacerse de estos acuerdos es negativa. Muchas empresas transnacionales desconocen el contenido completo de estos acuerdos, en casos extremos ni siquiera tenían conocimiento de estos instrumentos internacionales, prefiriendo crear sus propios acuerdos¹¹⁰⁸.

a.3. Pacto Mundial o Global Compact

El 31 de enero de 1999, en el Foro Económico Mundial de Davos, el entonces Secretario General de la ONU, Kofi Annan, propuso a los líderes empresariales allí

¹¹⁰³ § 46 de la Declaración tripartita OIT.

¹¹⁰⁴ § 53 de la Declaración tripartita OIT.

¹¹⁰⁵ MERINO SEGOVIA, Amparo y RENTERO JOVER, Antonio, “Fórmulas atípicas de regulación...” *op. cit.*, p. 279.

¹¹⁰⁶ HEPPLET, Bob, “A race to the top? ...”, *op. cit.*, p. 354.

¹¹⁰⁷ MERINO SEGOVIA, Amparo y RENTERO JOVER, Antonio, “Fórmulas atípicas de regulación...” *op. cit.*, p. 280.

¹¹⁰⁸ MERINO SEGOVIA, Amparo y RENTERO JOVER, Antonio, “Fórmulas atípicas de regulación...” *op. cit.*, p. 280.

reunidos un Pacto Mundial “de valores y principios compartidos, lo que dará una cara humana al mercado global”¹¹⁰⁹.

Este programa de la ONU promueve implementar diez principios universalmente aceptados en las actividades y estrategias de negocio de las empresas¹¹¹⁰. Los principios rectores del Pacto Mundial pueden subdividirse en cuatro grandes categorías: Derechos Humanos, estándares laborales, respeto al medio ambiente y medidas anticorrupción¹¹¹¹.

Los heterogéneos principios que componen el Pacto derivan de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de la Declaración de la OIT sobre Principios Fundamentales y Derecho en el trabajo, de la Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo y de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción. Además de estar inspirados en normas tan extensamente reconocidas, los diez principios han sido enunciados de una manera tan general y abstracta que facilita que su adopción por parte de las empresas.

El Pacto Mundial es un instrumento de libre adhesión para las empresas, sindicatos y organizaciones de la sociedad civil. La entidad que decide adherirse al Pacto Mundial asume voluntariamente el compromiso de ir implantando los diez principios en sus actividades. Más de 13.000 instituciones han suscrito ya el Acuerdo, de las que 8.000 son empresas, de las que solo poco más de 1.500 organizaciones no remiten con la frecuencia necesaria los reportes necesarios de su actividad en materia social. En nuestro país, la Red para el fomento del Pacto Mundial, una de las más numerosas, reúne a más de 2.600 firmante de los que 319 son grandes empresas, 1.886 PYMES y 426 otras entidades, tales como ONG, fundaciones, instituciones públicas o sindicatos¹¹¹².

¹¹⁰⁹ Nota de Prensa de la Secretaría General de la ONU, 1 de febrero de 1999, SG/SM/6881. La iniciativa del Pacto Mundial es la mejor opción ante la imposibilidad de alcanzar un acuerdo en la Asamblea General de las Naciones Unidas para lograr imponer un código de obligado cumplimiento en las empresas, DOMÍNGUEZ MARTÍN, Rafael, “La dimensión internacional...”, *op. cit.*, p. 39.

¹¹¹⁰ Se ha señalado que el programa Pacto Mundial de las Naciones unidas es el acontecimiento que propulsa la responsabilidad social corporativa, *vid.* BAZ TEJEDOR, José Antonio, “Responsabilidad social empresarial...”, *op. cit.*, p. 91.

¹¹¹¹ Derechos Humanos (Principio 1: Las empresas deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos fundamentales, reconocidos internacionalmente; y Principio 2: asegurarse de que no son cómplices en la vulneración de los derechos humanos); Trabajo (Principio 3: Las empresas deben apoyar la libertad de afiliación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva; Principio 4: la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso y obligatorio; Principio 5: la abolición efectiva del trabajo infantil; y Principio 6: la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación); Ambiente (Principio 7: Las empresas deberán mantener un enfoque preventivo que favorezca el medio ambiente; Principio 8: fomentar las iniciativas que promuevan una mayor responsabilidad ambiental; y Principio 9: fomentar el desarrollo y la difusión de las tecnologías respetuosas con el medio ambiente) Anticorrupción (Principio 10: Las empresas deben trabajar contra la corrupción en todas sus formas, incluidas la extorsión y el soborno).

¹¹¹² Mientras que la Red Española en su última memoria anual ha hecho pública la cifra de 2.631 firmantes el registro central del Pacto Mundial recoge 1.649 firmantes, de los cuales 302 se encuentran inactivos y 1.347

Las organizaciones y compañías que suscriben el informe se comprometen a realizar una memoria anual de las actividades desarrolladas en beneficio del Pacto Mundial en su empresa. Las memorias se ponen a disposición de cualquier interesado a través del espacio web del propio Pacto Mundial. No obstante, estas son muy generales los ítems de control se limitan a revisar que el documento remitido contenga una declaración del CEO de la compañía a favor del Pacto Mundial, que recoja expresamente los diez principios del Pacto, que recoja la descripción de las acciones relacionadas con cada una de las cuatro categorías de los principios (derechos humanos, principios laborales, medio ambiente y medidas anticorrupción), incluyendo indicadores de seguimiento.

La efectividad del Pacto Mundial es ciertamente limitada. En primer lugar, sus diez principios son tan generales que difícilmente se puede producir una vulneración completa de alguno de ellos. Además, de forma similar, casi cualquier acción puesta en marcha por cualquier empresa, de una u otra forma, podrá ser alegada como un mecanismo de promoción de alguno de los diez principios.

El tipo de memoria de seguimiento que deben realizar las entidades que hayan suscrito el Pacto Mundial también resta eficacia a este instrumento de responsabilidad social corporativa. Estas memorias no incluyen objetivos específicos que deban cumplirse, ni siquiera se obliga a las empresas a que incorporen un referencia histórica a la evolución de su apoyo a los principios del Pacto Mundial. También se echa en falta que la propia oficina encargada de la gestión del Pacto Mundial realice un informe intensivo y detallado de la evolución de los principios en cada firmante y de su evolución en el tiempo. Además, por supuesto de que se le de la suficiente publicidad a dicho análisis.

a.4. Norma ISO 26000

La norma ISO 26000 ha sido elaborada por la Organización Internacional para la Estandarización (OIE)¹¹¹³. La norma comenzó a gestarse en una reunión de la OIE en Estocolmo en el año 2004 en medio de una gran expectación. Sin embargo, fue

activos y al día en el reporte de sus memorias anuales. La memoria de la Red Española puede consultarse en: <http://www.pactomundial.org/wp-content/uploads/2015/03/Memoria-Red-Espa%C3%B1ola-del-Pacto-Mundial-2014.pdf> El registro central se encuentra en la siguiente web: <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/participants> (última visita a ambos instrumentos, septiembre 2015).

¹¹¹³ La Organización Internacional para la Estandarización es la organización privada más importante dedicada a la elaboración de regulaciones y previsiones sobre los aspectos más variados, que en muchas ocasiones compiten con las regulaciones nacionales e internacionales y en otras es aprovechadas por esos propios Estados para garantizar el cumplimiento de determinados estándares en sus territorios. No obstante la OIE no es la única organización internacional que ha tratado de impulsar un código marco, la Social Accountability International también impulsó su propia norma (SA 8000), aunque con menos éxito que la ISO 26000, sobre la SA 8000 *vid.* BOIRAL, Olivier, “Certificar la buena conducta...”, *op. cit.*, pp. 365-367.

finalmente aprobada en un contexto de escepticismo ante la imposibilidad de cumplir con las expectativas generadas¹¹¹⁴.

La norma finalmente suscrita por la OEI, como cualquier otro instrumento de responsabilidad social corporativa, parte de la hipótesis de que las empresas deben rendir cuentas ante la sociedad y ante los sujetos que puedan verse afectados por su actuación y no solo frente a sus accionistas o inversores. Para cumplir con su objetivo se configura como una guía para orientar a las instituciones que decidan acogerse a ella en la gestión de la responsabilidad social. La OEI no admite la certificación de su cumplimiento, al contrario de lo que suele ser habitual en las normas emanadas de la OEI¹¹¹⁵.

Quizá la pérdida de interés de la doctrina en esta norma se deba a que se limita a recoger una serie de recomendaciones redundantes, que poco aportan a los instrumentos internacionales que ya estaban en vigor en el momento de su aprobación¹¹¹⁶. La escasa innovación de la ISO 26000 probablemente traiga causa en el carácter generalista no especializada en responsabilidad social corporativa de la OEI, una organización preocupada fundamentalmente por la elaboración de normativas técnicas.

Asimismo, además de la escasa innovación, otra insuficiencia de la ISO 26000 son sus excesivamente amplios ámbitos objetivo y subjetivo. Por su propia naturaleza la responsabilidad social corporativa tiene un ámbito con unos límites tremendamente flexibles y extensos, pero la ISO 26000 ha ensanchado considerablemente estas fronteras. El resultado es una norma que pretende ser la respuesta para múltiples y diversas realidades, sin la profundidad y sin la especialización necesaria.

La norma ISO 26000 es aplicable a cualquier tipo de institución, empresa u organización, independientemente de su tamaño o ubicación. El único requisito es

¹¹¹⁴ Tal y como recoge OJEDA AVILÉS, Antonio, *Derecho Transnacional del Trabajo*, op. cit., p. 368. Al respecto, también, LANDA ZAPIRAIN, Juan Pablo, “Ética empresarial y responsabilidad social corporativa” en GOÑI SEIN, José Luis (Dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, La Ley, Madrid, 2011, pp.152-153.

¹¹¹⁵ Sí admiten certificación la norma ISO 14000 sobre gestión medioambiental (y sus normas complementarias 14001, 14031 y 14063) y la norma ISO 9000 sobre calidad en la gestión. Por su contenido, en algunas ocasiones esta norma es tratada como un acuerdo de referencia en materia de responsabilidad social corporativa. No obstante, debemos rechazar esta posibilidad. La única norma de la ISO que regula con vocación global la responsabilidad social corporativa es la ISO 26000. En todo caso la ISO 14000 debería ser considerada una norma supeditada y condicionada por las prescripciones de la ISO 26000. Se ha afirmado que la imposibilidad de certificar el uso de la norma ISO 26000 es consecuencia de su naturaleza como norma de sistemas de gestión basada en principios y recomendaciones y no en requisitos. Esos mismos elementos hacen imposible recurrir judicialmente su incumplimiento, CALVO GALLEG0, Francisco Javier, “Responsabilidad social...”, op. cit., p. 1097.

¹¹¹⁶ La propia norma se reconoce inspirada por el Pacto Mundial, por las normas de la OIT —en especial por la Declaración de la OIT sobre los Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo y la Declaración Tripartita de Principios sobre las empresas multinacionales y la política social—, por la Carta Internacional de los Derechos Humanos y los Objetivos de Desarrollo del Milenio de las Naciones Unidas.

que desee orientar su actuación ética con base en este instrumento. Por tanto, la norma recoge instrucciones tanto para empresas, las más afectadas por la responsabilidad social corporativa, instituciones públicas, ONG, sindicatos.

En cuanto a su ámbito objetivo de aplicación, la ISO 26000 fija una serie de estándares en siete extensas áreas fundamentales: gobernanza de la organización¹¹¹⁷; Derechos Humanos¹¹¹⁸; prácticas laborales¹¹¹⁹; medio ambiente¹¹²⁰; prácticas justas de operaciones¹¹²¹; asuntos de consumidores¹¹²²; y, finalmente, participación activa y desarrollo de la comunidad¹¹²³.

A pesar de la extensión de la ISO 26000, esta norma de referencia no recoge ningún mecanismo especial para reportar y evaluar el desarrollo de la responsabilidad social corporativa en las organizaciones que acojan las prescripciones de esta norma. La ausencia de previsión al respecto es llamativa pues la norma sí recoge el requisito de

¹¹¹⁷ La norma dispone buenas prácticas en la organización e implementación de decisiones en la empresa (Apartado 6.2 ISO 26000 RS).

¹¹¹⁸ El análisis de la norma abarca aspectos tan diversos como: la debida diligencia con el fin de identificar, prevenir y abordar los impactos reales o potenciales sobre los derechos humanos; evitar la complicidad en su vulneración; resolución de reclamaciones en el supuesto de que, aunque las instituciones hayan actuado óptimamente, se produzca una vulneración de los derechos humanos; tutela de la discriminación y de los grupos vulnerables; protección de los derechos civiles y políticos, de los derechos económicos, sociales y culturales, y, también, de los principios y derechos fundamentales en el trabajo (Apartado 6.3 ISO 26000 RS).

¹¹¹⁹ Las prácticas laborales definidas por la ISO 26000 se extienden más allá de la relación de una organización con sus empleados directos o de las responsabilidades que una organización tenga en un lugar de su propiedad o que esté bajo su control directo; alcanza todas las políticas y prácticas relacionadas con el trabajo que se realiza dentro, por o en nombre de la organización, incluido el trabajo subcontratado (Apartado 6.4 ISO 26000 RS).

¹¹²⁰ En este sentido la norma de la OEI recomienda a las instituciones prevenir la contaminación; un uso sostenible de los recursos; la mitigación y adaptación de los procesos productivos al cambio climático; la protección del medio ambiente, biodiversidad y restauración de hábitats naturales (Apartado 6.5 ISO 26000 RS).

¹¹²¹ Las prácticas justas de operaciones se refieren a recomendaciones de conducta ética de una organización en sus transacciones con otras organizaciones. Incluyen las relaciones entre organizaciones y agencias gubernamentales, así como, entre organizaciones y sus socios, proveedores, contratistas, clientes, competidores y las asociaciones de las cuales son miembros (Apartado 6.6 ISO 26000 RS).

¹¹²² Las organizaciones que proporcionan productos y servicios a consumidores finales también tienen responsabilidades hacia ellos (Apartado 6.7 ISO 26000 RS). Las diferencias de este conjunto de recomendaciones respecto de las prácticas justas de operaciones del apartado 6.6 ISO 26000 es que se dirigen a clientes finales, mientras que el otro conjunto de normas pretende establecer un intercambio ético entre varias organizaciones, no entre consumidores finales y organizaciones. No obstante, parte de las recomendaciones de ambos apartados son aplicables a ambas realidades (*vid.* apartado 6.7.1.1 organizaciones y asuntos de consumidores ISO 26000 RS).

¹¹²³ Finalmente, la ISO 26000 también incluye una serie de recomendaciones para que las organizaciones contribuyan a la mejora de las sociedades en las que desarrollan sus actividades. Por ejemplo, promocionando la educación y la cultura; mediante la creación de empleo y desarrollo de habilidades; fomentando el desarrollo y acceso a la tecnología; la generación de riqueza e ingresos; la salud; o inversión social (Apartado 6.8 ISO 26000 RS).

que las organizaciones deben informar a las partes interesadas sobre el desempeño de la responsabilidad social corporativa en esa institución a intervalos adecuados¹¹²⁴.

b. Códigos éticos o de conducta

Los códigos éticos, también denominados usualmente códigos de conducta, son normas empresariales unilaterales¹¹²⁵, que recogen de forma escrita los principios éticos que han de regir la actuación de los trabajadores de la sociedad¹¹²⁶, de la propia empresa y/o las relaciones de la empresa y de sus trabajadores con terceros que puedan verse afectados por su actividad¹¹²⁷. La naturaleza de estos instrumentos se haya fuertemente discutida, pero parece que su carácter unilateral los sitúa de forma generalizada entre las normas de *soft law* o derecho blando¹¹²⁸.

¹¹²⁴ Apartado 7.5 norma ISO 26000, p. 84. Al respecto, *vid.* apartado Capítulo 1.III.6.a La información y publicidad como vía para garantizar la .

¹¹²⁵ Estos instrumentos no solo son de elaboración unilateral por parte del empleador, sino que además no contemplan la intervención externa, ni arbitran ningún tipo de consulta o cauce de participación de los *stakeholders*, salvo algunos supuestos excepcionales, *vid.* MORATO GARCÍA, Rosa María, “Códigos de comportamiento...”, *op. cit.*, p. 128. La unilateralidad de estos instrumentos hace que la efectividad de las cláusulas en ellos recogidas en muchas ocasiones dependan más de criterios de oportunidad que de coerción, *vid.*, CALVO GALLEGÓ, Francisco Javier, *Códigos éticos y derecho...*, *op. cit.*, p. 15.

¹¹²⁶ Los sujetos destinatarios de los códigos éticos suelen ser la totalidad de la plantilla de la empresa. No obstante, en algunas ocasiones las empresas establecen códigos éticos diferenciados para directivos, altos directivos y para el resto de la plantilla, CALVO GALLEGÓ, Francisco Javier, *Códigos éticos y derecho...*, *op. cit.*, p. 25.

¹¹²⁷ Los códigos voluntarios también han sido definidos como aquel documento que describe derechos y estándares básicos que la empresa se compromete a cumplir en relación a los/as trabajadores y trabajadoras, la comunidad y el medio ambiente, JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, Juan Carlos, *La responsabilidad social...*, *op. cit.*, p. 72. No obstante, esta definición no tiene en cuenta que los códigos éticos también suelen recoger obligaciones para los “stakeholder” trabajadores y terceros.

¹¹²⁸ Aunque se tendrá la ocasión de analizar con más detenimiento la eficacia de los instrumentos de responsabilidad social corporativa, debe señalarse ahora que, aunque no es fácil de determinar la naturaleza de estos instrumentos, porque siempre es incierto aplicar una categoría jurídica nacional a una disposición adoptada por un sujeto privado transnacional, la doctrina ha realizado un notable esfuerzo en tratar de buscar la esencia de los códigos éticos. En primer lugar, se ha señalado que estos instrumentos emanan de la libertad de empresa (art. 38 CE) y del poder de dirección del empleador (art. 20 ET). En este sentido, los códigos éticos vendrían a ser una versión moderna cercana a los antiguos reglamentos de empresa, es decir, una norma unilateral del empleador que indica a los trabajadores las directrices que estos deben cumplir en el desarrollo de su actividad, TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *Aspectos jurídico-laborales...*, *op. cit.*, p. 71; BAYLOS, GRAU, Antonio, “Un instrumento de regulación...”, *op. cit.*, p. 113. En este sentido, se ha puesto de manifiesto que muchas de las cláusulas de los códigos éticos vienen a concretar los contornos del deber de buena fe –uno de ejes más difusos del poder disciplinario del empleador–, *vid.* MORATO GARCÍA, Rosa María, “La aplicación transnacional...”, *op. cit.*, p. 71. En segundo lugar, también podría ser que la incorporación de obligaciones al contrato de trabajo, fruto del código ético elaborado unilateralmente por la dirección de la empresa, se tratase de un supuesto de autonomía individual en masa, PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, “La dimensión transnacional...”, *op. cit.*, p. 22. Sin embargo, esta hipótesis conllevaría una vulneración de la autonomía colectiva en nuestro ordenamiento, por lo que se limitaría de forma extraordinaria la capacidad de los códigos éticos de regular o influir en las relaciones laborales en la empresa. La fórmula para evitar incurrir en un supuesto proscrito de autonomía individual en masa es que las normas imperativas incluidas dentro de la responsabilidad social corporativa se enmarquen dentro de los límites de las decisiones ordinarias y legítimas del poder de dirección del empleador, *vid.* MORATO GARCÍA, Rosa María, “Códigos de comportamiento...”, *op. cit.*, p. 152. Finalmente, las previsiones de los códigos éticos también podrían ser consideradas como

En consecuencia, el interés en abordar el análisis de estos instrumentos de responsabilidad social corporativa en nuestro estudio de la representación transnacional de los trabajadores no nace de la manera en que son elaborados, unilateralmente por las direcciones empresariales, sino del contenido que en ocasiones incorporan. Al respecto, estamos en disposición de avanzar en este momento que los códigos éticos pueden contener normas referidas al respeto a la libertad sindical y a los derechos básicos de representación, con una configuración muy influenciada por las normas prescritas por los convenios de referencia ya analizados.

Los primeros códigos éticos no fueron más que vagas declaraciones de principios, sobre todo relativas al desarrollo de la actividad productiva empresarial. Con el paso del tiempo las empresas han ido desarrollando regulaciones cada vez más complejas que se encargan de disciplinar diferentes aspectos de la actividad productiva en la empresa y de las relaciones y comportamientos de quienes la integran¹¹²⁹. Sin embargo, a pesar de su evolución, los instrumentos unilaterales siguen siendo la herramienta de responsabilidad social corporativa más elemental y menos eficaz. En este sentido, por ejemplo, puede señalarse que las direcciones empresariales se resisten a establecer mecanismos de control para supervisar el cumplimiento de normas de las que ellas mismas se han dotado¹¹³⁰.

condiciones más beneficiosas, PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, “La dimensión transnacional...”, *op. cit.*, p. 20; GOÑI SEIN, José Luis, “Valor jurídico de los códigos...”, *op. cit.*, p. 623. Así, en la medida en la que el código de ético contenga normas más favorables que la ley y el convenio, el código podrá ser considerado un acto unilateral de autolimitación de las facultades y atribuciones del empleador y, por tanto exigible por el trabajador, *vid.* ERMIDA URIARTE, Óscar, “Responsabilidad social...”, *op. cit.*, p. 325. No obstante, obviamente, esta posibilidad tiene un espacio mucho más limitado, pues los códigos éticos suelen recoger más deberes para los trabajadores que derechos y, por tanto, gran parte del contenido de estos instrumentos no podrían tener la consideración de condición más beneficiosa, PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, “Autorregulación empresarial en Códigos de Conducta y autonomía colectiva: puntos de fricción” en GOÑI SEIN, José Luis (Dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, La Ley, Madrid, 2011, p. 635. El problema de esta hipótesis es su inoperatividad en el contexto internacional. Muy raramente será aplicable en los ordenamientos occidentales, con normativas laborales mucho más protectoras que las normas de los códigos éticos. Mientras que en los Estados en vías de desarrollo la consideración del código ético como una condición más beneficiosa no siempre gozará de la tutela necesaria.

¹¹²⁹ Los códigos de conducta de primera generación pretendían evitar conflictos de interés entre la empresa y sus empleados. Habría, después unos códigos de segunda generación en los que se quiere evitar que las empresas (sobre todo, en un país extranjero) puedan conseguir contratos mediante el empleo de sobornos y otras prácticas de corrupción que no solo perjudican la imagen de la empresa sino también la del país que alberga su sede. Los códigos de tercera generación tratan de garantizar a los empleados de la empresa unos derechos laborales mínimos, sea cual sea el país donde se halla la factoría. Los códigos de cuarta generación por su parte, se focalizan en el respeto del medio ambiente. Finalmente, los códigos de quinta generación pretenden evitar la actividad de la empresa en países que violan los derechos humanos y el Estado de Derecho, *vid.* RUIZ MIGUEL, Carlos, “Derechos Fundamentales y responsabilidad social...”, *op. cit.*, p. 218.

¹¹³⁰ DILLER, Janelle, “¿Una conciencia social...”, *op. cit.*, p. 115. Al respecto, se ha puesto de manifiesto que la unilateralidad y falta de eficacia vinculante puede generar que las empresas se sientan impunes de incumplir sus compromisos éticos LÓPEZ CUMBRE, Lourdes, “La dimensión normativa...”, *op. cit.*, p. 96. Aunque, ciertamente, también es posible encontrar ejemplos de códigos unilaterales que se dotan de fuerza vinculante. Un estudio de algunos de estos instrumentos puede consultarse en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo,

Su objetivo principal suele ser exclusivamente contribuir a mejorar la imagen pública de las empresas transnacionales que los aprueban¹¹³¹. Es una manera simple a través de la cual las empresas tratan de evidenciar a la sociedad que no usarán atajos poco éticos para obtener una ventaja sobre sus empresas competidoras¹¹³².

Antes de afrontar el examen del contenido de estos códigos de responsabilidad social corporativa, en primer lugar, debemos delimitar esta figura porque el concepto código ético es usado para referirse a heterogéneas realidades no siempre equiparables, contribuyendo con ello a una gran confusión sobre los límites y características de los códigos éticos. Podemos diferenciar distintos conjuntos de instrumentos que reciben, de manera acertada o no, la nomenclatura de código ético:

1. En primer lugar, puede encontrarse un conjunto de códigos elaborados unilateralmente por la dirección de la empresa para regular su propia actividad. Es usual referirse a este tipo de instrumentos éticos como códigos éticos o de conducta internos, pues estos instrumentos fundamentalmente regulan la labor de los trabajadores en la empresa. Dentro de estos a su vez podremos distinguir tres subtipos:
 - a. Los códigos éticos que buscan reforzar y clarificar el poder de dirección del empleador¹¹³³ –que más bien podríamos llamar códigos de comportamiento ético/ profesional o de responsabilidad en el trabajo¹¹³⁴, códigos éticos de la empresa¹¹³⁵ o códigos de buenas prácticas¹¹³⁶– suelen ser el instrumento a través del cual las empresas buscan imponer determinadas conductas a los sujetos afectados por las acciones de las mismas¹¹³⁷. Por ejemplo, la incorporación a los códigos de éticos de reglas para regir la expatriación, incluso llegando a crear herramientas exclusivas a dicho fin, es una de las maneras desarrolladas

“Códigos de conducta para proveedores y contratistas de empresas multinacionales españolas” en *Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, núm. 40, pp. 17-39.

¹¹³¹ Por confrontación con los Acuerdos Marco Globales, es habitual interpretar el recurso que hacen las empresas transnacionales de los códigos éticos una vía para evitar a los sindicatos, GALLIN, Dan, “Acuerdos Marco Internacionales...”, *op. cit.*, p. 59.

¹¹³² Al respecto, sobre esta actuación en las empresas españolas, *vid.* MORATO GARCÍA, Rosa María, “Códigos de comportamiento...”, *op. cit.*, p. 131.

¹¹³³ Estos instrumentos han alcanzado tintes de cotidianeidad en los últimos años, *vid.* MORATO GARCÍA, Rosa María, “Incumplimiento de los códigos de conducta y potestad disciplinaria del empresario” en GOÑI SEIN, José Luis (Dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, La Ley, Madrid, 2011, p. 421.

¹¹³⁴ En palabras de MERINO SEGOVIA, Amparo y RENTERO JOVER, Antonio, “Fórmulas atípicas de regulación...” *op. cit.*, p. 276.

¹¹³⁵ SIERRA HERNÁIZ, Elisa, “Tipificación y caracterización...”, *op. cit.*, p. 234.

¹¹³⁶ CORREA CARRASCO, Manuel, “Instrumentos de responsabilidad social...”, *op. cit.*, p. 204.

¹¹³⁷ MORATO GARCÍA, Rosa María, “Códigos de comportamiento...”, *op. cit.*, p. 147

por las direcciones empresariales para dotar de seguridad jurídica a sus decisiones.

- b. Los códigos de conducta específicos pretenden una tutela más adecuada de los derechos de los trabajadores que, por su novedad o por la necesidad de una regulación de mayor detalle¹¹³⁸, no tienen una regulación legal adecuada. Este sería el caso, por ejemplo, el caso típico de los código de conducta para el uso de herramientas informáticas.
 - c. Finalmente, los códigos que más allá de contemplar solo normas disciplinarias e incorporan también previsiones de responsabilidad social, medioambiental y laboral que puedan afectar a la plantilla de la sociedad. Este paradigma es el código ético que merece más atención y el que suele ser considerado el paradigma de código ético.
2. Asimismo, puede encontrarse un grupo de herramientas a las que podríamos denominar como códigos éticos socialmente responsables¹¹³⁹, también conocidos como códigos éticos externos, que son instrumentos que proyectan sus efectos más allá de los trabajadores de la sociedad, incorporando previsiones sobre las relaciones de la compañía y los sujetos que se vean afectados por sus actuaciones (clientes, Estados, proveedores, ciudadanos en general).
- Estos instrumentos sí son códigos éticos, en el sentido de manifestación de un compromiso unilateral de la dirección empresarial. En realidad estos códigos son el resultado de la doble dimensión de la responsabilidad social corporativa¹¹⁴⁰, interna y externa, que ya habíamos avanzado. La dimensión interna/externa es transversal a toda la responsabilidad social corporativa, por tanto, estudiaremos los códigos unilaterales externos junto con los acuerdos negociados externos más adelante.
3. Es habitual que algunas instituciones globales o regionales aprueben códigos de conducta o de buenas prácticas para recomendar algún comportamiento a los sujetos destinatarios (empresas, trabajadores y/o Estados). A pesar de la nomenclatura, estos instrumentos poco o nada tienen que ver con la responsabilidad social corporativa, son normalmente actos típicos de *soft law*.

¹¹³⁸ CALVO GALLEGO, Francisco Javier, *Códigos éticos y derecho...*, *op. cit.*, p. 18.

¹¹³⁹ MERINO SEGOVIA, Amparo y RENTERO JOVER, Antonio, "Fórmulas atípicas de regulación..." *op. cit.*, p. 277.

¹¹⁴⁰ A la clasificación en función de los suscriptores de los acuerdos –unilaterales, bilaterales o multilaterales– se superpone otro patrón en función de la responsabilidad social corporativa externa o interna, es decir, en función de los sujetos afectados por la normativa de responsabilidad social corporativa. Así, podemos diferenciar entre los "códigos externos", que afectan a la plantilla y a los stakeholders de la sociedad (grupos afectados por la actividad de la empresa), y los "códigos internos", que afectan fundamentalmente al personal al servicio de la sociedad transnacional, *vid.* BAYLOS, GRAU, Antonio, "Globalización y Derecho...", *op. cit.*, p. 35; MERINO SEGOVIA, Amparo y RENTERO JOVER, Antonio, "Fórmulas atípicas de regulación..." *op. cit.*, p. 279-281.

Este sería, por ejemplo, el caso del Código de Conducta de la Unión Europea relativo a la división del trabajo en el ámbito de la política de desarrollo (Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 28 de abril de 2007, COM/2007/72 final).

En todo caso, cuando sus destinatarios sean las empresas transnacionales, tendrán más similitudes con los convenios de referencia que acabamos de analizar que con los códigos éticos en sentido estricto. Dos importantes diferencias separan los acuerdos de referencia de los códigos éticos.

En primer lugar, como ya se analizó, los convenios de referencia no son instrumentos de aplicación directa, sino que pretenden servir de modelo para los instrumentos, unilaterales o negociados, que incorporen las empresas. En segundo lugar, aunque estos instrumentos sean aprobados de manera unilateral por las organizaciones internacionales, en realidad muchas de ellas tienen una composición múltiple. Por ello, anteriormente los hemos definido más como un instrumento multilateral que como uno unilateral. El ejemplo paradigmático de esta multilateralidad es el de la Declaración de Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales de la OIT, organización compuesta por Estados, representantes de los empleadores y de los trabajadores.

4. Finalmente, las compañías y los representantes de los trabajadores también negocian instrumentos de responsabilidad social corporativa. En esos casos, los convenios resultantes suelen denominarse Acuerdos Marco Globales. Sin embargo en algunas ocasiones las partes los designan como códigos éticos o de conducta¹¹⁴¹. No obstante, a pesar del nombre empleado por las partes, debemos rechazar considerar a estos como normas unilaterales pues las características de los mismos son las propias de las normas pactadas y acordadas con la representación transnacional de los trabajadores. El acuerdo del que emanan estas normas suele dotarlas de una mayor eficacia y proyección tuitiva de los derechos de los trabajadores. Tendremos ocasión de volver sobre estos acuerdos más adelante.

b.1. Contenido de los acuerdos unilaterales

Los códigos de conducta pueden regular un infinito abanico de situaciones¹¹⁴². No obstante, aunque el contenido concreto suele estar influido por el sector y actividad

¹¹⁴¹ Es el caso de los “códigos de conducta” negociados por representantes de las direcciones empresariales de Portugal Telecom, Telefónica o Ability y representantes de la Federación Internacional UNI Global y los sindicatos nacionales de la sede de cada una de estas compañías, *vid.* La base de datos conjunta entre la Comisión Europea y la OIT, <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=978> (última consulta enero 2016).

¹¹⁴² Es habitual que la doctrina insista en la heterogeneidad de los códigos de conducta que pueden hacer referencia a realidad muy diferentes. En ese sentido, es imposible establecer un modelo de Código de Conducta

de cada empresa¹¹⁴³, en la mayoría de las ocasiones cumplen una función reguladora de la propia actividad de la sociedad. En este sentido, las empresas de forma unilateral se dotan de un código ético como una forma de exteriorizar de cara a terceros – fundamentalmente sus proveedores, clientes y Administraciones Públicas–, pero para conocimiento principalmente de sus propios trabajadores, cuál es el comportamiento que se espera de la plantilla y de los directivos de la sociedad¹¹⁴⁴.

Ahora bien, como normas unilaterales, estas estarán constreñidas por los mismos límites que el ejercicio regular del poder de dirección, es decir, por los derechos fundamentales de los trabajadores –constitucionales, legales y convencionales– y por las obligaciones derivadas del contrato de trabajo¹¹⁴⁵. Por tanto, solo resultará adecuado incorporar a los códigos éticos cláusulas que vengan a ampliar los derechos de los trabajadores o a delimitar el desarrollo de la actividad por cuenta ajena de conformidad con los principios de buena fe y diligencia como, por ejemplo, la prohibición al trabajador de solicitar o recibir dádivas o favores en el desarrollo de su trabajo¹¹⁴⁶. No obstante, serían desproporcionadas aquellas prescripciones que, por ejemplo, condicionaran la posibilidad de presentarse a un cargo sindical o político a la previa autorización de la empresa¹¹⁴⁷. Se deberá ser especialmente cauteloso con aquellas previsiones que introduzcan deberes éticos de “obligado” cumplimiento para los trabajadores, incluso cuando dichas previsiones tengan la virtud de dotar de

que sirva de guía en su análisis. Al respecto, MERINO SEGOVIA, Amparo y RENTERO JOVER, Antonio, “Fórmulas atípicas de regulación...” *op. cit.*, p. 274.

¹¹⁴³ Así, es más habitual que las empresas del sector de la energía aborden temas medioambientales, las de la banca temas relacionados con la ética en el trabajo y la honorabilidad y las del sector textil aspectos relacionados con las condiciones laborales, CALVO GALLEG0, Francisco Javier, *Códigos éticos y derecho...*, *op. cit.*, p. 28. Se ha afirmado también que las cláusulas de los códigos éticos del sector textil suelen contener una prohibición al trabajo infantil, mientras que la industria química se centra en las normas de seguridad en el trabajo, KREIDE, Regina, “Justicia global, pobreza y responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 126.

¹¹⁴⁴ Así, por ejemplo, el art. 4.1 del Código de Conducta de Acciona contempla que “ningún empleado colaborará conscientemente con terceros en la violación de ninguna ley, ni participará en ninguna actuación que comprometa el respeto al principio de legalidad” o el art. 4.1.2 del Código General de Conducta de ACS que dispone que “todos los empleados y directivos del Grupo deben cumplir las disposiciones generales vigentes (leyes, reglamentos, circulares, etc.) en los países donde desarrollan su actividad, atendiendo tanto a la literalidad como al espíritu y la finalidad de las mismas, y observando en todas sus actuaciones un comportamiento ético”.

¹¹⁴⁵ LÓPEZ CUMBRE, Lourdes, “La dimensión normativa...”, *op. cit.*, p. 95; CALVO GALLEG0, Francisco Javier, *Códigos éticos y derecho...*, *op. cit.*, p. 75. La limitación es especialmente manifiesta en aquellos códigos éticos que concretan a describen las obligaciones contractuales de los empleados, *vid.* MORATO GARCÍA, Rosa María, “Incumplimiento de los códigos...”, *op. cit.*, p.

¹¹⁴⁶ En similares términos, se ha recordado que los extintos reglamentos de régimen interior de las empresas, aquella vieja posibilidad de regulación unilateral del empleador desaparecieron del cuadro de fuentes español tras la aprobación del Estatuto de los Trabajadores. Por tanto, los códigos éticos solo tendrán validez en la medida en la que sean una manifestación del poder de dirección del empleador que legalmente le ha sido reconocido al empleador, *vid.* CALVO GALLEG0, Francisco Javier, *Códigos éticos y derecho...*, *op. cit.*, p. 70.

¹¹⁴⁷ En este sentido, TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *Aspectos jurídico-laborales...*, *op. cit.*, p. 73.

fronteras más claras a deberes y limitaciones ya vigentes en la empresa¹¹⁴⁸, favoreciendo la seguridad jurídica de los trabajadores, pues solo serán legítimas aquellas que regulen materias que puedan ser dispuestas unilateralmente por el empleador¹¹⁴⁹.

La ordenación del comportamiento de los trabajadores de la sociedad a través de instrumentos unilaterales quizá sea el área de la responsabilidad social corporativa en la que más influye el objetivo de mejorar la reputación de la sociedad adoptante del código ético. Además, dichos códigos deben ser lo suficientemente flexibles como para poder ser aplicados en diversos Estados, con diversas tradiciones y culturas¹¹⁵⁰. Ello lleva a las direcciones empresariales a aprobar compromisos éticos laxos y de escasa profundidad en la regulación de las materias que abordan. En muchas

¹¹⁴⁸ Un ejemplo de uso unilateral particularmente interesante es el de las regulaciones de los supuestos de movilidad geográfica transnacional, recogidos en algunos códigos éticos. La movilidad transnacional es una materia que plantea importantísimos retos e incógnitas en las empresas transnacionales, porque las regulaciones nacionales no fueron diseñadas para esta nueva realidad. En el caso de la legislación española, que no contempla específicamente el supuesto de la movilidad internacional de trabajadores, parece que existe ya cierto consenso entre la doctrina y la jurisprudencia reconociendo mayoritariamente que los supuestos de movilidad transnacionales entren dentro del ámbito de aplicación del art. 40 ET, *vid.* TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel, *La modificación unilateral de condiciones de trabajo por el empresario*, El Derecho, Madrid, 2012, p. 113; ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso, *Gestión contractual de trabajadores expatriados*, Madrid, (Instituto Español de Comercio Exterior), 2012, p.10; STS de fecha 1 de julio de 1986 (Roj 3788/1986), 16 de junio de 1987 (Roj 12137/1987), STSJ Cataluña de 26 de marzo de 2010 (R° 8144/2008), STSJ Cataluña 11 de julio de 1994 (AS 1994/3042). No obstante, algunos autores cuestionan si no hay instrumentos jurídicos más adecuado para disciplinar la movilidad internacional de trabajadores, al margen del artículo 40 ET, como por ejemplo el art. 41 ET, *vid.* MOLINA MARTÍN, Amparo M, “La regulación de la movilidad...”, *op. cit.*, p. 103. En cualquier caso, la normativa nacional, claramente diseñada para los supuestos internos, deja sin resolver importantes enigmas como los derechos y deberes del trabajador durante la vigencia del traslado internacional, su vinculación o no con nuestro ordenamiento, etc. Las incógnitas han favorecido, sin duda, que las empresas transnacionales se hayan dotado de departamentos específicos, de protocolos y de normas unilaterales de responsabilidad social corporativa para la gestión internacional de recursos humanos, sobre es te particular *vid.* MOLINA MARTÍN, Amparo M, “La regulación de la movilidad...”, *op. cit.*, p. 107-120. Cuando la regulación se acomete a través de los códigos éticos, esta solo tendrá legitimidad en aquellas áreas que puedan ser dispuestas por la unilateralidad del empleador. Por ejemplo, no sería lícita en nuestro ordenamiento la previsión de un código ético que contemplara el traslado de trabajadores sin causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Sí lo sería, por el contrario, aquella disposición que –desde la preexistencia de una condición económica, técnica, organizativa o de producción– contemplara, por ejemplo, los plazos específicos en los que el empleador deberá facilitar toda la información del destino o las cantidades económicas adicionales a facilitar al trabajador para gestionar su alojamiento. Sin duda este tipo de normas facilita que los trabajadores conozcan anticipadamente las condiciones que se les aplicarán ante una contingencia frente a la cual no siempre tienen toda la información oportuna. No obstante, la movilidad geográfica, como manifestación modulada del poder de dirección, no debería quedar al arbitrio de la decisión unilateral del empleador cuando esta sitúa al trabajador en el extranjero. Por tanto, en caso de que las empresas se decanten por la regulación de la movilidad internacional a través de la responsabilidad social corporativa, debería optarse siempre por la negociación de los acuerdos de responsabilidad social corporativa en estos casos, por ejemplo incluyendo la regulación de la movilidad en los Acuerdo Marco Globales, que analizaremos más adelante, y no a través de los menos participativos códigos éticos. En similares términos, aunque bajo la premisa de que la responsabilidad social corporativa siempre es un instrumento de gestión compartida, se expresa MOLINA MARTÍN, Amparo M, “La regulación de la movilidad...”, *op. cit.*, p. 122.

¹¹⁴⁹ Al respecto *vid.* CALVO GALLEG0, Francisco Javier, *Códigos éticos y derecho...*, *op. cit.*, p. 56.

¹¹⁵⁰ UNZURRUNZAGA ITURBE, Alberto, “Regulación interna...”, *op. cit.*, p. 150; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel C., “El Derecho del Trabajo...”, *op. cit.*, p. 171.

ocasiones estos códigos son una mera traslación de las propias leyes nacionales de los Estados en los que operan o son tan universales que son comunes a todas las sociedades. En este sentido, es habitual que se apoyen en los convenios de referencia y en los convenios de la OIT¹¹⁵¹, recogiendo, sin embargo, normalmente un catálogo de derechos y una calidad en su protección inferior a la recomendada por estas normas internacionales¹¹⁵².

En cuanto a las declaraciones y principios concretos, los códigos éticos incorporan prácticamente de forma generalizada compromisos con la protección de familia y el medio ambiente; el desarrollo sostenible; con el cumplimiento de los estándares laborales y de seguridad obligatorios en el país de prestación de servicios; la promesa de la empresa transnacional de respetar los derechos humanos; la abolición del trabajo infantil y forzoso; el deber de que los trabajadores no ofrecerán ningún regalo o prebenda para obtener una ventaja competitiva o impulsar al receptor de esa dádiva a tomar decisiones impropias, ilícitas o corruptas, así como a reconocer que cumplirán fielmente las legislaciones nacionales de los Estados en los que opere la compañía transnacional¹¹⁵³.

Finalmente, existe un minoritario conjunto de códigos éticos que incorporan cláusulas sobre la representación de los trabajadores. Estos compromisos unilaterales son más meritorios e interesantes, al menos a los efectos de esta investigación, porque son el ejemplo de que a través de instrumentos unilaterales es posible asegurar un estándar mínimo de derechos colectivos. Lamentablemente la unilateralidad con la que son redactados estos compromisos sociales impide que las cláusulas sobre la representación sean ambiciosas en su alcance y sean incorporadas de forma poco precisa. Además, como para el resto de los contenidos de los códigos éticos, no se han previsto normas que garanticen su efectividad. Por tanto, hay un elevado margen de mejora para que las direcciones empresariales reconozcan e incentiven la representación transnacional de sus trabajadores.

La participación de los trabajadores reconocida por los códigos éticos puede ir desde una tenue prohibición de la discriminación por motivos sindicales –como en los casos

¹¹⁵¹ El recurso a los principios básicos laborales permite que, aunque el objetivo sea propagandístico, las empresas lleven a cabo una defensa más o menos convincente de los derechos sociales básicos, BAYLOS, GRAU, Antonio, “Un instrumento de regulación...”, *op. cit.*, p.113.

¹¹⁵² MERINO SEGOVIA, Amparo y RENTERO JOVER, Antonio, “Fórmulas atípicas de regulación...” *op. cit.*, p. 283. En general, Los instrumentos unilaterales son mucho más parcos que los instrumentos bilaterales, como se verá más adelante, DILLER, Janelle, “¿Una conciencia social...”, *op. cit.*, p. 129.

¹¹⁵³ También es habitual que recojan la prohibición de la discriminación o la igualdad de oportunidades, la prohibición del acoso, especialmente del acoso sexual, y la protección de la conciliación de la vida personal y profesional, *vid.* CALVO GALLEGU, Francisco Javier, *Códigos éticos y derecho...*, *op. cit.*, p. 37-40.

de Acerinox¹¹⁵⁴, Iberia¹¹⁵⁵ o Indra¹¹⁵⁶— o el reconocimiento genérico a la libertad de asociación o sindicación —como OHL¹¹⁵⁷ y McDonald’s¹¹⁵⁸—, hasta el compromiso expreso con el derecho a la negociación colectiva —como los códigos éticos del Banco Santander¹¹⁵⁹, Iberdrola¹¹⁶⁰, Inditex¹¹⁶¹, NH Hoteles¹¹⁶², Prosegur¹¹⁶³, Apple¹¹⁶⁴ o Primark¹¹⁶⁵—. Más excepcionales resultan aquellos instrumentos que expresamente

¹¹⁵⁴ Art. 19.1 Código de Conducta de Acerinox: “Se prohíbe expresamente y se reprueba cualquier conducta, expresión o propósito que directa o indirectamente produzca el efecto de denigrar en lo personal o en lo profesional a cualquier trabajador del Grupo o a cualquier clase de ellos, con ocasión de su sexo, orientación, creencia, origen, raza, aspecto físico, aptitudes o afiliación política o sindical”. Asimismo.

¹¹⁵⁵ Art. 3.2 del Código de Conducta de Iberia señala que “[la compañía] se compromete a continuar con su política de actuación basada en el desarrollo y realización de todos los procesos de selección del personal sin discriminación por razón raza, origen, religión, género, ideas políticas o sindicales, sexo, estado civil, edad o discapacidad”.

¹¹⁵⁶ El Código Ético y de Conducta Profesional de Indra se compromete a “Respetar y fomentar constantemente los principios de igualdad de oportunidades, diversidad, respeto a las personas y no discriminación (por raza, sexo, idioma, religión, discapacidad, orientación sexual, opinión, origen, posición económica, nacimiento, afiliación sindical o cualquier otra condición, circunstancia personal o social)”.

¹¹⁵⁷ Código Ético de OHL: “Todas las personas del Grupo tienen derecho de asociación y libre sindicación. El Grupo OHL colaborará con los medios necesarios para que los empleados puedan ejercer este derecho”.

¹¹⁵⁸ Menos explícito es el código ético de McDonald’s que señala “Respetamos los derechos de los empleados a asociarse o no asociarse con cualquier grupo, según lo permitan las leyes y reglamentos aplicables y de conformidad con ellos”.

¹¹⁵⁹ Art. 10 Código General de Conducta del Banco Santander: “Los Sujetos del Código respetarán los derechos de sindicación, asociación y de negociación colectiva reconocidos internacionalmente, así como las actividades que se lleven a cabo por las organizaciones representativas de los trabajadores, de acuerdo con las funciones y competencias que tengan legalmente atribuidas, con quienes se mantendrá una relación basada en el respeto mutuo en aras de promover un diálogo abierto, transparente y constructivo que permita consolidar los objetivos de paz social y estabilidad laboral”.

¹¹⁶⁰ art. 10.2 Código Ético Iberdrola: “en particular, el Grupo manifiesta su total rechazo al trabajo infantil y al trabajo forzoso u obligatorio y se compromete a respetar la libertad de asociación y negociación colectiva, así como los derechos de las minorías étnicas y de los pueblos indígenas en los lugares donde desarrolle su actividad”.

¹¹⁶¹ El Código de Conducta y Prácticas Responsables de Inditex reconoce que “Los empleados de Inditex tienen reconocido el derecho de sindicación, de libertad de asociación y de negociación colectiva”.

¹¹⁶² El Código de Conducta del Grupo NH Hoteles reconoce que “En modo alguno se impedirá ni limitará el ejercicio de los derechos de asociación, sindicación y negociación colectiva en el marco de las normas reguladoras de cada uno de estos derechos fundamentales”.

¹¹⁶³ El art. 4.3 del Código Ético y de Conducta del Grupo Prosegur reconoce “la libre afiliación sindical y la negociación colectiva [de sus trabajadores]”.

¹¹⁶⁴ El Código de Conducta de Apple: “Freedom of Association and Collective Bargaining As legally permitted, Supplier shall freely allow workers to associate with others, form, and join (or refrain from joining) organizations of their choice, and bargain collectively, without interference, discrimination, retaliation, or harassment. In the absence of formal representation, Supplier shall ensure that workers have a mechanism to report grievances and that facilitates open communication between management and workers”.

¹¹⁶⁵ Art. 2 Código Ético de Primark: “Todos los trabajadores, sin distinción, tienen derecho a ser miembros o formar sindicatos de su propia elección y a negociar colectivamente. 2.2 El Empleador debe adoptar una buena disposición hacia el trabajo de los sindicatos y sus actividades organizativas. 2.3 Los representantes de los trabajadores no sufren discriminación y se les permite llevar a cabo sus funciones representativas en el lugar de trabajo. 2.4 Cuando el derecho a la libertad de asociación y a la negociación colectiva sea restringido por la

reconocen de aplicación alguno de los convenios de la OIT en materia de representación colectiva de los trabajadores —como el código ético de Repsol¹¹⁶⁶ o el de H&M¹¹⁶⁷—. Sin duda, la consignación de estos instrumentos en los códigos éticos de las compañías transnacionales facilitarán su aplicación en los Estados en los que estas compañías presten sus servicios, incluso aunque estos no los hayan suscrito, garantizando un estándar de derechos colectivos en la empresa transnacional.

En conclusión, son minoritarios los códigos éticos que contienen referencias a la representación transnacional de los trabajadores. Además, cuando es posible encontrar algún testimonio al respecto, este es consignado en términos muy genéricos. Ambas evidencias parecen confirmar que las compañías transnacionales incurren en una especie de *self service* normativo¹¹⁶⁸, uno de los riesgos más graves de las normativas unilaterales, incorporando o potenciando con mayor énfasis algunos derechos laborales fundamentales en detrimento de otros.

Por tanto, las carencias de estos instrumentos aconsejan potenciar el papel de la negociación colectiva transnacional¹¹⁶⁹, evitando, en todo caso, que los códigos éticos sustituyan a las leyes nacionales o a los convenios¹¹⁷⁰.

Ley, el empleador facilitará, y no dificultará, el desarrollo de formas paralelas de asociación y negociación libre e independiente”.

¹¹⁶⁶ Art. 3.2 de la Norma Ética y de Conducta de los empleados de Repsol reconoce “Repsol, además de cumplir con la legislación vigente que le es aplicable en todos los territorios en los que desarrolla su actividad, se compromete a respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos, que abarcan los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y los 8 Convenios Fundamentales que los desarrollan”, estos son “Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (1948); Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (1949); Convenio sobre el trabajo forzoso (1930); Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso (1957); Convenio sobre la edad mínima (1973); Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil (1999); Convenio sobre igualdad de remuneración (1951); Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación, 1958)”.

¹¹⁶⁷ Art. 4.1.4 Código de Conducta de H&M: “todos los empleados tienen derecho a la libertad de asociación y a participar en convenios colectivos. H&M no acepta la toma de medidas disciplinarias o discriminatorias por parte del empresario contra aquellos empleados que opten por organizarse de manera pacífica y legal o se afilien a una asociación (Referencia al Convenio de la OIT sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación núm. 87, Convenio de la OIT sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva núm. 98 y Convenio de la OIT sobre los representantes de los trabajadores núm. 135)”.

¹¹⁶⁸ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “Códigos de conducta...”, *op. cit.*, p. 205.

¹¹⁶⁹ Uno de los peligros que plantean los códigos éticos es que estos terminen debilitando la fortaleza de las regulaciones externas y el papel de los sindicatos en las relaciones laborales contemporáneas, en definitiva que termine socavando el papel de la negociación colectiva, *vid.* TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *Aspectos jurídico-laborales...*, *op. cit.*, p. 70; LÓPEZ CUMBRE, Lourdes, “La dimensión normativa...”, *op. cit.*, p. 95.

¹¹⁷⁰ Aunque sea cierto que debemos acostumbrarnos a que junto a las formas típicas de regulación de las condiciones de trabajo coexistan otras nuevas fórmulas, como la responsabilidad social corporativa unilateral, *vid.* TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *Aspectos jurídico-laborales...*, *op. cit.*, p. 49. No obstante, deben extremarse las cautelas ante el riesgo de que las grandes compañías usen la adopción de códigos éticos como vía para sustituir la normatividad estatal, así, ERMIDA URIARTE, Óscar, “Responsabilidad social...”, *op. cit.*, p. 311.

c. Los Acuerdos Marco Globales: La negociación colectiva global

c.1. Aproximación inicial a los Acuerdos Marco Globales

Si el análisis de los códigos éticos resultaba de interés por la regulación de la representación de los trabajadores que podían acoger, en contraposición, el de los Acuerdos Marco Globales, también denominados Acuerdos Marco Internacionales por buena parte de la doctrina¹¹⁷¹, lo genera por ser quizá el instrumento de negociación colectiva global más depurado y relevante¹¹⁷². En este sentido, podríamos definir los Acuerdos Marco Globales como aquellos “instrumentos negociados entre las empresas transnacionales y los sindicatos mundiales, que tienen por finalidad establecer unos estándares mínimos de condiciones básicamente laborales, en virtud de los cuales las partes firmantes se comprometen a hacerlos cumplir en todos los países en los que operan, e incluso, en empresas subcontratadas o proveedores”¹¹⁷³.

El carácter negociado de los Acuerdos Marco Globales, elemento central de estos acuerdos¹¹⁷⁴, propicia evidentes efectos positivos, tales como: alcanzar un consenso entre las partes que facilitará su puesta en práctica y el respeto por parte de los

¹¹⁷¹ Optamos aquí por el término de Acuerdo Marco Global para exteriorizar que estos acuerdos son el medio eficaz para globalizar los derechos laborales como límite a la globalización económica, en similares términos, vid. BOIX LUCH, Isidor, “Intervención sindical...”, *op. cit.*, p. 124.

¹¹⁷² Al respecto, BAZ TEJEDOR, José Antonio, “La ética de las empresas...”, *op. cit.*, p. 47; SOLER ARREBOLA, José A., también destaca la importancia y la proyección de los Acuerdo Marco en “Los acuerdos marco internacionales...”, *op. cit.*, p. 162. Asimismo, se ha señalado que los Acuerdos Marco Globales son un instrumento imprescindible para establecer estándares sociales mínimos a nivel internacional, PLATZER, Hans-Wolfgang y RÜN, Stefan, Los Acuerdos Marco Internacionales..., *op. cit.*, p. 6. No obstante, Se ha afirmado que existe un instrumento más avanzado que los Acuerdos Marco Globales, sería la negociación colectiva desarrollada desde el año 2001 en el sector marítimo, en concreto el Convenio sobre el trabajo marítimo de la OIT, año 2006, que ha logrado imponer condiciones de trabajo decentes en casi todos los aspectos del entorno laboral y vital de los trabajadores del mar, tales como: un salario mínimo, horas de trabajo y descanso, el pago de salarios, las vacaciones anuales retribuidas, la atención médica a bordo, el alojamiento, la alimentación, etc., vid. PAPADAKIS, Konstantinos, CASALE, Giuseppe y TSOTROUDI, “Acuerdos Marco Internacionales...”, *op. cit.*, p. 109. El Convenio sobre el trabajo marítimo viene a demostrar que “allí donde existen actores políticos globales suficientemente transnacionales y coherentes que representen a los trabajadores y al capital (en especial los primeros), el tripartismo global en el marco de la OIT mantiene la promesa de volver a introducir una aplicación eficaz de alas normas laborales por parte del Estado”, *cfr.* LILLIE, Nathan, “El convenio sobre el trabajo marítimo...”, *op. cit.*, p. 232. El Convenio sobre el trabajo en el mar es resultado de una resolución conjunta entre las organizaciones internacionales de armadores y de gente de mar, que más tarde fue apoyada por los gobiernos, vid. CAMÓS VICTORIA, Ignacio, “Las condiciones laborales y los derechos sociales de la gente del mar en el Convneio sobre el Trabajo Marítimo de la OIT MLC, 2006” en CABEZA PEREIRO, Jaime y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Emma (Coords.), *El trabajo en el mar: los nuevos escenarios jurídicos-marítimos*, Bomarzo, Albacete, 2015, p. 110. Destaca también las posibilidades de proyección futura de esta figura, SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “Los alcances de la responsabilidad social...”, *op. cit.*, p. 4.

¹¹⁷³ En palabras de SOLER ARREBOLA, José A., “Los acuerdos marco internacionales...”, *op. cit.*, p. 163.

¹¹⁷⁴ PÉREZ YÁÑEZ, Rosa María, “Los Acuerdos Marco Internacionales...”, *op. cit.*, p. 464.

destinatarios¹¹⁷⁵, así como el contenido de estos acuerdos, hacen que la extensión y mejora de la Acuerdos Marco Globales deban ser los objetivos a perseguir¹¹⁷⁶. Sin embargo, los actores nacionales no siempre entienden ni valoran adecuadamente estos instrumentos¹¹⁷⁷. De hecho, en algunas ocasiones los acuerdos son bloqueados bien por sindicatos nacionales, que anteponen sus estrategias nacionales a la consecución de objetivos globales, bien por las direcciones locales, que se benefician de la falta de presencia de la federación sindical internacional que haya sido el interlocutor en el nivel global para incumplir las disposiciones acordadas¹¹⁷⁸.

Los Acuerdos Marco Globales, al igual que los códigos unilaterales, casi de forma generalizada determinan expresamente cuál es su ámbito de aplicación, es decir, qué empresas están incluidas dentro del grupo y en qué Estados el grupo presta sus servicios. Ello determina que gracias a estas normas se pueda concretar de manera indirecta el perímetro de las empresas transnacionales¹¹⁷⁹, cuestión no siempre sencilla porque estas empresas pueden estar participadas por un gran número de sociedades en un gran número de Estados.

La delimitación de la estructura de la empresa mediante los Acuerdos Marco Globales será más certera que a través de los instrumentos unilaterales de responsabilidad social corporativa¹¹⁸⁰, pues la participación de representantes de los trabajadores

¹¹⁷⁵ No obstante, no puede obviarse que, como en todo acuerdo, en el proceso de negociación de los Acuerdos Marco Globales se producirán cesiones entre las partes que probablemente no satisfagan completamente a ninguna de las dos y especialmente a los representantes transnacionales de los trabajadores, dada la dispar posición de fuerza de las empresas transnacionales y de los sindicatos globales, *vid.* SOLER ARREBOLA, José A., “Los acuerdos marco internacionales...”, *op. cit.*, p. 163.

¹¹⁷⁶ Así, se ha manifestado que el desarrollo de los Acuerdos Marco Globales está aún en una fase inicial, sin embargo su potencial exige que se busquen fórmulas para intégralos en el sistema internacional de la legislación laboral, DROUNI, Renée-Claude, “El papel de la OIT...”, *op. cit.*, p. 301. La Federación sindical internacional IndustriALL, por ejemplo, se ha propuesto como uno de sus objetivos prioritarios la aprobación de Acuerdos Marco Globales, así lo reconoce el coordinador de esta Federación en Inditex *vid.* BOIX LUCH, Isidor, “Intervención sindical...”, *op. cit.*, p. 125. También ha dado prioridad absoluta al desarrollo de Acuerdos Marco Globales la IUF, PLATZER, Hans-Wolfgang y RÜN, Stefan, Los Acuerdos Marco Internacionales..., *op. cit.*, p. 10. La evolución de la responsabilidad social corporativa unilateral hacia instrumentos bilaterales o multilaterales, que requieren de la intervención de organizaciones sindicales globales, es también una vía para impulsar y consolidar el sindicalismo internacional, VIVERO SERRANO, Juan Bautista, “Las redes sindicales...”, *op. cit.*, p. 183.

¹¹⁷⁷ Así, se ha afirmado que estos instrumentos no son tan conocidos ni valorados entre los trabajadores y las organizaciones sindicales nacionales, JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, Juan Carlos, *La responsabilidad social...*, *op. cit.*, p. 119.

¹¹⁷⁸ Sobre los bloqueos y sus causas *vid.* PLATZER, Hans-Wolfgang y RÜN, Stefan, Los Acuerdos Marco Internacionales..., *op. cit.*, p. 15.

¹¹⁷⁹ El Acuerdo Marco Global sirve así para sistematizar la posición empresarial y cartografiar su complejidad organizativa con independencia de la personalidad jurídica que hayan adoptado las distintas empresas o grupos de empresas transnacionales, *vid.* BAYLOS GRAU, Antonio, “Empresas transnacionales...”, *op. cit.*, p. 212.

¹¹⁸⁰ Sobre esta vía, por tanto, cabría aspirar a cartografiar la complejidad del grupo empresarial transnacional, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José, “Los sujetos protagonistas de los acuerdos...”, *op. cit.*, p. 7. No obstante, solo en torno a la cuarta parte de los Acuerdos Marco Globales llevan a cabo una delimitación con

dificultará que la dirección de la empresa deje fuera a alguna sociedad secundaria del grupo. Omisión más plausible en los códigos éticos, en los que la empresa puede concretar el ámbito de aplicación a su completa conveniencia, ocultando o dejando fuera, por ejemplo, a aquella compañía del grupo que más costes generaría al mismo para cumplir con el código ético empresarial.

La delimitación del ámbito de aplicación y, por tanto, de la organización empresarial a través de Acuerdos Marco Globales también facilita la organización sindical dentro de la empresa transnacional¹¹⁸¹. Las organizaciones sindicales nacionales e internacionales pueden conocer de antemano la plantilla a la que deben defender. Además, conocer la estructura de la sociedad permite planificar mejor la estrategia sindical.

A pesar de las posibilidades de desarrollo futuro que esta figura puede tener como organizador de las relaciones laborales transnacionales, su implantación en este momento es decepcionante. Al menos esta parece ser la conclusión tras analizar la base de datos elaborada en colaboración por la OIT y la Comisión Europea¹¹⁸².

La colaboración de la OIT y de la Comisión Europea permite consultar una completa y actualizada base de datos con Acuerdos colectivos transnacionales. Dicho repositorio, con las limitaciones propias de un catálogo no oficial¹¹⁸³, permite descubrir que desde el año 1988 –cuando se suscribió el primer acuerdo entre el grupo transnacional Danone y la Unión Internacional de Trabajadores de la Alimentación, Agrícolas, Hoteles, Restaurantes, Tabaco y Afines (UITA)– se han suscrito solo algo más de 140 acuerdos de eficacia global¹¹⁸⁴, fundamentalmente en los sectores del

un mínimo de claridad de los confines del grupo transnacional, SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “Los alcances de la responsabilidad social...”, *op. cit.*, p. 8.

¹¹⁸¹ Se ha señalado que los Acuerdos Marco Globales son positivos, aunque su contenido sea muy general o abstracto, porque permitirán la organización sindical en la empresa transnacional, *vid.* JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, Juan Carlos, *La responsabilidad social...*, *op. cit.*, p. 118. En similares términos, GALLIN, Dan, “Acuerdos Marco Internacionales...”, *op. cit.*, p. 65.

¹¹⁸² La base de datos de la OIT y la Comisión Europea puede consultarse en: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=978> Muy meritorio también es el repositorio digital sobre la responsabilidad social corporativa en las empresas transnacionales españolas elaborado dentro de las actividades del Proyecto de Investigación DER2011-23190, dirigido por el Profesor Wilfredo Sanguinetti, que puede consultarse en: http://diarium.usal.es/rse_multinacionales

¹¹⁸³ El acceso al contenido de los propios Acuerdos Marco Globales es, si duda, uno de los grandes obstáculos a la hora de analizar estos instrumentos de responsabilidad social corporativa transnacional porque no existe ningún registro oficial transnacional que recoja todos los acuerdos suscritos. Los repositorios no oficiales pueden no recoger todos los instrumentos acordados o recoger alguno que ya no permanezca en vigor, pues las empresas no tienen la obligación de facilitar a las mismas los pactos alcanzados. Por tanto, podrían existir más acuerdos de los que en un principio pudiera parecer.

¹¹⁸⁴ La cifra se eleva hasta los 265 acuerdos si tenemos en cuenta aquellos acuerdos de eficacia exclusivamente regional: África-Oriente Medio:1; Asia-Pacífico:2; EU-EEA:68; Europa-Asia Central: 18; Latino América:5.

metal y en la industria del automóvil¹¹⁸⁵. Tras 27 años y con unos inicios más que dubitativos, en los que el número de acuerdos que se suscribían cada año era muy limitado, parece que la cifra se ha estabilizado en torno a la decena de nuevos instrumentos cada año¹¹⁸⁶.

De las 50 mayores empresas mundiales por capitalización bursátil solo una de ellas cuentan con un Acuerdos Marco Globales¹¹⁸⁷, si ampliamos el análisis a las 100 mayores empresas logramos que seis de ellas, incluida una española, tengan un instrumento negociado con federaciones internacionales¹¹⁸⁸.

Si analizamos los datos por Estados y de forma global, las empresas españolas quedan en muy buen lugar. Con el número limitado de empresas transnacionales que tienen su sede en nuestro país y su tardía internacionalización, es loable que hayan suscrito 11 Acuerdos Marco Globales¹¹⁸⁹, mientras en Estados Unidos, con un gran número de empresas transnacionales, solo se han suscrito 5, 25 en Alemania, 10 en Francia y Suecia o ninguno en Reino Unido ni China.

¹¹⁸⁵ Se ha afirmado que la concentración de los Acuerdos Marco Globales en estos sectores es debido a que son dos baluartes del sindicalismo europeo, con una mayor experiencia y cultura en la negociación supranacional. Además, estas empresas suelen contar con importantes recursos económicos y con una importante tradición en la internacionalización de su producción, lo que les hace conocer la importancia de contar con instrumentos éticos para mantener una buena reputación, *vid.* MAIRA VIDAL, María del Mar, “Los Acuerdos Marco Internacionales...”, *op. cit.*, p. 150.

¹¹⁸⁶ Según los datos de la base conjunta OIT/Comisión Europea: 1988: 1, 1995:1, 1998:1, 2000:3, 2001:7, 2002:10, 2003:4, 2004:6, 2005:16, 2006:7, 2007:9, 2008:17, 2009:8, 2010:9, 2011:6, 2012:12, 2013:11, 2014:9 y 2015:3.

¹¹⁸⁷ Las 100 mayores compañías por capitalización bursátil en junio de 2015 son por orden de capitalización: Apple, Microsoft, Exxon Mobil, Berkshire Hathaway, Google, PetroChina, Industrial & Commercial Bank of China, Wells Fargo, Johnson & Johnson, General Electric, Novartis, China Mobile, JP Morgan Chase, Roche, China Construction Bank, Nestle, Toyota Motor, Wal-Mart Stores, Bank of China, Procter & Gamble, Pfizer, Amazon.com, Walt Disney, Facebook, Anheuser-Busch InBev, Agricultural Bank of China, Verizon Communications, Samsung Electronics, Tencent, AT&T, Chevron, Royal Dutch Shell, Bank of America, HSBC, Oracle, Gilead Sciences, Coca-Cola, Citigroup, Merck, IBM, Comcast, Home Depot, Intel, Cisco Systems, PepsiCo, China Life Insurance, Visa, Sinopec, Sanofi, Philip Morris International, Ping An Insurance, BP, Unilever, Allergan, CVS Health, Taiwan Semiconductor Manufacturing, Amgen, Total, Bayer, UnitedHealth Group, Novo Nordisk, Volkswagen, Bristol Myers Squibb, Schlumberger, BHP Billiton, Abbvie, Commonwealth Bank of Australia, Medtronic, Mastercard, Qualcomm, Mitsubishi UFJ Financial, Inditex, GlaxoSmithKline, British American Tobacco, Banco Santander, L'Oreal, United Technologies, 3M, Daimler, Ambev, Altria Group, Boeing, Vodafone Group, Lloyds Banking Group, Biogen Idec, Eli Lilly, Walgreens Boots Alliance, Celgene, McDonald's, Goldman Sachs, Siemens, LVMH, Bank of Communications, Royal Bank Canada, SAP, SabMiller, Union Pacific, Kinder Morgan, American International Group y Nippon Telegraph & Telephone.

¹¹⁸⁸ Los seis Acuerdos Marco Globales de las 100 mayores empresas por capitalización bursátil son, por orden de capitalización de las empresas: Coca Cola (EEUU) en 2005; Total (Francia) en 2015; Volkswagen (Alemania) en 2002; Inditex (España) en 2014, 2012, 2009 y 2007; Daimier (Alemania) en 2002; Siemens (Alemania) en 2012.

¹¹⁸⁹ Acuerdos Marco suscritos por empresas españolas: Telefónica (2001 y 2014), Endesa (2002), Inditex (2007, 2009, 2012 y 2014), OHL (2012), Ferrovial (2012), FCC (2012), Codere (2013) Melia (2013), Acciona (2014), Dragados (2014) Sacyr (2014) y Gamesa (2015).

La consolidación de un derecho del trabajo tuitivo a escala global necesariamente pasa por potenciar el papel y el contenido de los Acuerdos Marco Globales, al igual que antes sucedió con la negociación colectiva nacional. En las próximas décadas a buen seguro asistiremos a un afianzamiento de estos Acuerdos, que cada vez introducirán mecanismos más coercitivos para hacer cumplir su contenido. Lo contrario supondrá una edad oscura para el Derecho del Trabajo y su reducción progresiva hasta su desaparición, pues habrá quedado definitivamente obsoleto al plantear mecanismos de protección nacionales en un entorno completamente globalizado

c.2. Desde la unilateralidad hasta la negociación: los sujetos intervinientes

El movimiento sindical internacional ha propiciado su intervención en los Acuerdos Marco Globales como fórmula para lograr la transformación de los códigos éticos, normas aprobadas unilateralmente por las direcciones empresariales, en acuerdos negociados con representantes internacionales de los trabajadores¹¹⁹⁰. No obstante, a pesar de que las organizaciones sindicales puedan participar en la elaboración de estos instrumentos favoreciendo que incorporen un catálogo de derechos y, sobre todo, unos mayores controles de su cumplimiento en comparación con los códigos éticos¹¹⁹¹, no puede pasarse por alto que la aprobación de estos Acuerdos Marco Globales se basan en el deseo unilateral de las compañías transnacionales. Sin la sumisión voluntaria de las empresas transnacionales a la negociación no habría ninguna norma ni convenio internacional que las obligara a acordar estos mecanismos con los representantes de los trabajadores¹¹⁹². Por tanto, habrá que analizar qué naturaleza tienen estos acuerdos y la eficacia de los mismos.

No obstante, la intervención de representantes de los trabajadores y de las direcciones empresariales ha propiciado que se identifique a los Acuerdos Marco Globales con los convenios colectivos nacionales¹¹⁹³. Sin embargo, aunque puedan ser

¹¹⁹⁰ BAYLOS, GRAU, Antonio, “Un instrumento de regulación...”, *op. cit.*, p. 115. Esa elaboración negociada es precisamente el salto cualitativo en la responsabilidad social corporativa, *vid.* SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “La transnacionalización...”, *op. cit.*, p. 90; Se ha señalado que en la mayoría de los casos los Acuerdos Marco Globales se basan en códigos éticos preexistentes a los que vienen a sustituir, *vid.* PAPADAKIS, Konstantinos, CASALE, Giuseppe y TSOTROUDI, “Acuerdos Marco Internacionales...”, *op. cit.*, p. 101.

¹¹⁹¹ El carácter negociado y los factores a él añadidos es lo que dota de mayor credibilidad a estos instrumentos, JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, Juan Carlos, *La responsabilidad social...*, *op. cit.*, p. 114,

¹¹⁹² “No existe una base legal concreta para la negociación de los Acuerdos Marco Globales ni tampoco de ningún tipo de proceso consultivo o de diálogo con las empresas transnacionales” *cfr.* DROUNI, Renée-Claude, “El papel de la OIT...”, *op. cit.*, p. 284.

¹¹⁹³ PAPADAKIS, Konstantinos, CASALE, Giuseppe y TSOTROUDI, “Acuerdos Marco Internacionales...”, *op. cit.*, p. 97. Concretamente, aunque el contenido y la finalidad de los Acuerdos Marco Globales no son las propias de un convenio colectivo, se ha afirmado que cuando un Acuerdo Marco Global es negociado por sindicatos nacionales se convierte en un convenio colectivo del país de origen de los sindicatos nacionales y de la sede de la compañía matriz, *vid.* SOBZAK, André, “Aspectos legales de los acuerdo...”, *op. cit.*, p. 153.

instituciones similares, importantes diferencias separan ambas realidades¹¹⁹⁴. Aunque se volverá sobre estas características propias de los Acuerdos Marco Globales más adelante, baste ahora dejar apuntadas algunas de estas diferencias. En primer lugar, estos acuerdos se negocian fuera de un marco normativo que los convierta en vinculantes y les dote de eficacia jurídica¹¹⁹⁵. Por ello, a pesar de ser acuerdos fruto de la negociación colectiva entre los agentes sociales, requieren de la colaboración entre las partes para mantener su eficacia plena¹¹⁹⁶. En segundo lugar, a pesar de que ambas instituciones son negociadas por representantes empresariales y organizaciones sindicales, lo cierto es que se plantean importantes interrogantes sobre la legitimidad de los sujetos que intervienen en la negociación transnacional¹¹⁹⁷. En tercer lugar, al contrario que los convenios colectivos, es usual que los Acuerdos Marco Globales extiendan sus efectos a sujetos sin vinculación directa con la empresa –proveedores y contratistas–.

Independientemente de las semejanzas o diferencias entre ambas figuras, siempre es problemático trasladar esquemas nacionales a la realidad internacional. En este sentido, tratar de leer los ACUERDOS MARCO GLOBALES en clave de convenios colectivos nacionales plantea el reto de que cada Estado podrá tener unos requisitos propios para determinar la validez y eficacia de los convenios colectivos. Por tanto, más que buscar el encaje de la naturaleza de los ACUERDOS MARCO GLOBALES dentro de los convenios colectivos nacionales, parece más acertado intentar proyectar sus efectos en los distintos Estados a través de las legislaciones nacionales, con la gran influencia que pueden ejercer las empresas transnacionales, y con la negociación colectiva local, trasladando los acuerdos internacionales a los convenios colectivos

¹¹⁹⁴ Que se objete que los Acuerdos Marco Globales no tienen la misma naturaleza que los convenios colectivos, no excluye que sí sean un procedimiento de negociación enmarcado dentro del diálogo social SOLER ARREBOLA, José A., “Los acuerdos marco internacionales...”, *op. cit.*, p. 163. Que existan diferencias que impidan reconocer su condición de convenios colectivos, tampoco implica que nos sea posible ver paralelismos en la construcción de los convenios colectivos nacionales, que comenzaron siendo normas no vinculantes conquistadas por la representación de los trabajadores a terminar por imponerse como normas de eficacia general, respecto de los Acuerdos Marco Globales, que de momento parecen en estar en esa primera, ganándose el derecho a ser impuestos coercitivamente, en términos similares *vid.* DROUNI, Renée-Claude, “El papel de la OIT...”, *op. cit.*, p. 301.

¹¹⁹⁵ En este sentido, se ha puesto de manifiesto que estos acuerdos son absolutamente voluntarios, dependen del equilibrio de poder entre las partes contratantes. Por ello, existen Acuerdos Marco Globales fuertes y débiles, *vid.* GALLIN, Dan, “Acuerdos Marco Internacionales...”, *op. cit.*, p. 51.

¹¹⁹⁶ En sentido contrario, se ha defendido que lo relevante no es la eficacia que estos instrumentos puedan tener ante los tribunales sino la voluntad de las partes de vincularse por ellos y respetar su contenido. El argumento parte de que no en todos los Estados los convenios colectivos tienen eficacia jurídica vinculante, por ejemplo en Reino Unido, donde un convenio no es legalmente vinculante salvo que lo soliciten las partes, *vid.* PAPADAKIS, Konstantinos, CASALE, Giuseppe y TSOTROUDI, “Acuerdos Marco Internacionales...”, *op. cit.*, p. 107. Sin embargo, podríamos oponer a la argumentación anterior que los Acuerdos Marco Globales nunca, ni con el acuerdo de las partes, serán legalmente vinculantes.

¹¹⁹⁷ SOBZAK, André, “Aspectos legales de los acuerdo...”, *op. cit.*, p. 152.

nacionales para que, tras ese paso, los acuerdos internacionales sí tengan eficacia en cada territorio¹¹⁹⁸.

En cualquier caso, la apuesta de los agentes sociales internacionales por los ACUERDOS MARCO GLOBALES¹¹⁹⁹, no se explica en la búsqueda de un instrumento jurídico para poder reivindicar ante los tribunales los potenciales incumplimientos empresariales. Más que eso, pretende ser una primera etapa para entablar un diálogo permanente con las empresas transnacionales sobre los derechos de los trabajadores¹²⁰⁰. En otras palabras, las organizaciones sindicales internacionales pretenden la creación de un espacio transnacional para el intercambio de información y la consulta entre los representantes de los trabajadores de los distintos Estados en los que el grupo desarrolla su actividad¹²⁰¹. Objetivo compartido con la finalidad para la que se constituyeron los Comités de Empresa Europeos, ya analizados.

Los ACUERDOS MARCO GLOBALES son suscritos regularmente por empresas transnacionales y por Federaciones Internacionales de Trabajadores o Sindicatos Globales para tratar de establecer un catálogo mínimo de derechos aplicable a todos los trabajadores de la empresa transnacional principal¹²⁰², independientemente del Estado en el que estos presten sus servicios para la misma.

La delimitación del banco patronal, en apariencia sencilla, pues de forma generalizada estos instrumentos son suscritos por representantes de la empresa principal¹²⁰³, plantea dos obstáculos íntimamente vinculados, derivados de la efectividad de proyectar un Acuerdo Marco Global sobre sujetos que no han participado en su negociación. En primer lugar, sobre los proveedores. En segundo, sobre otras empresas filiales o participadas por la principal.

¹¹⁹⁸ SOLER ARREBOLA, José A., “Los acuerdos marco internacionales...”, *op. cit.*, p. 168.

¹¹⁹⁹ Se ha señalado que los Acuerdos Marco Globales son un instrumento desarrollado por las Federaciones Sindicales Internacionales para introducir en las empresas un componente transfronterizo a través de negociaciones y acuerdos con la dirección central de las empresas transnacionales, PLATZER, Hans-Wolfgang y RÜN, Stefan, Los Acuerdos Marco Internacionales..., *op. cit.*, p. 3.

¹²⁰⁰ PAPADAKIS, Konstantinos, “Investigaciones sobre...”, *op. cit.*, p. 114.

¹²⁰¹ BAYLOS, GRAU, Antonio, “Códigos de conducta y acuerdos-marco...”, *op. cit.*, p. 117.

¹²⁰² Según los registros de la base de datos conjunta OIT/Comisión Europea (fecha consulta: septiembre 2015), más del 93% de los Acuerdos Marco Globales son suscritos por las principales Federaciones sindicales internacionales: la Federación Internacional de la Industria (IndustriALL), la Federación de Servicios (UNI Global Union), la Federación Internacional de Trabajadores de la Construcción y la Madera (ICM), La Federación Internacional de Educación (IE), la Federación Internacional de Trabajadores del sector del Arte y Entretenimiento Global (IAEA), La Federación Internacional de la Prensa (FIP), la Federación Internacional de los Trabajadores del Transporte (ITF), la Federación Internacional de trabajadores de la alimentación, Agricultura y Hoteles (IUF) y, finalmente, Federación Internacional de Trabajadores del sector público (PSI).

¹²⁰³ PÉREZ YÁÑEZ, Rosa María, “Los Acuerdos Marco Internacionales...”, *op. cit.*, p. 467.

En principio, las sociedades jurídicamente independientes –proveedores o filiales– no deberían quedar vinculadas por el Acuerdo Marco Global pactado por la empresa principal¹²⁰⁴. Por ello, podrían no respetar este acuerdo, acatarlo voluntariamente o, incluso, acordar un instrumento alternativo con otros representantes de los trabajadores. Sin embargo, a pesar de esa aparente independencia jurídica, estas empresas siempre quedan de hecho vinculadas por el Acuerdo Marco Global de la principal. Por tanto, el motivo por el cual estas empresas respetan los acuerdos debe buscarse más allá de las obligaciones jurídicas¹²⁰⁵.

Respecto de la sumisión de las empresas filiales al Acuerdo Marco Global, se ha sugerido que podría interpretarse que estas conceden un mandato implícito a la empresa principal para negociar en su nombre, pero ese mandato no explicaría por qué el acuerdo ético con los representantes de los trabajadores vincula a las filiales que se unen al grupo transnacional una vez suscrito el propio compromiso¹²⁰⁶. La alternativa planteada desenfoca el centro de atención del problema, las empresas, a pesar de su apariencia de sujetos independientes, no se hayan en equilibrio, pertenecen a una sociedad por dominación, en la que las matrices controlan la relación con sus filiales y no al revés. En este sentido, la empresa principal puede imponer las condiciones de prestación de servicios dentro de su red de empresas¹²⁰⁷. Por tanto, las relaciones intrasocietarias, que mantienen cohesionadas las redes empresariales, permiten entender por qué las empresas filiales acatan sin conflictos las instrucciones de la matriz, pese a la ausencia de representantes de las mismas en las negociaciones¹²⁰⁸.

Las empresas suministradoras o proveedoras, jurídicamente también independientes respecto de la sociedad principal, respetan de forma generalizada el contenido de un Acuerdo Marco Global en cuyas negociaciones no han participado. Los deseos de la

¹²⁰⁴ La independencia jurídica de las sociedades pertenecientes al grupo empresarial y de los proveedores hace que la sociedad principal, que habitualmente suscribe los Acuerdos Marco Globales, no esté en condiciones de suscribir acuerdos, individuales o colectivos, que vinculen a otras sociedades, SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “Los alcances de la Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 497.

¹²⁰⁵ Se ha afirmado que estos instrumentos no son capaces de dar lugar a obligaciones directamente exigibles a las sociedades filiales, ni a los proveedores o suministradores, SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “Los alcances de la responsabilidad social...”, *op. cit.*, p. 12, 18. En similares términos, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José, “Los sujetos protagonistas de los acuerdos...”, *op. cit.*, p. 10.

¹²⁰⁶ Como solución se ha planteado que las legislaciones nacionales deberían recoger un mandato explícito entre las sociedades filiales y la principal, *vid.*, SOBZAK, André, “Aspectos legales de los acuerdo...”, *op. cit.*, p. 150.

¹²⁰⁷ Así, se ha afirmado que la firma de un Acuerdo Marco Global supone el compromiso de la empresa principal de imponer a cada una de sus filiales el respeto al contenido de dicho acuerdo, SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “Los alcances de la Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 499.

¹²⁰⁸ De esta forma el Acuerdo Marco Global vendría a expresar el compromiso de la sociedad matriz de hacer cumplir su contenido en cada una de las sociedades del grupo, al amparo de los poderes que le confiere su posición de sujeto dominante o titular de las filiales, SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “Los alcances de la responsabilidad social...”, *op. cit.*, p. 15.

empresa principal de proyectar los efectos del Acuerdo Marco Global suscrito sobre otras compañías independientes se explica porque estos también admiten la doble dimensión, interna y externa, de la responsabilidad social corporativa. En este sentido, las empresas principales desean proyectar sus efectos sobre los comportamientos y acciones de sujetos que pueden afectar o verse afectados por sus actividades empresariales¹²⁰⁹.

En cuanto al respecto a lo pactado en el Acuerdo Marco Global por parte de las empresas proveedoras, debe señalarse que en este caso la explicación también puede hacerse en términos de organización empresarial. Las empresas proveedoras forman parte de una empresa por coordinación. Incluso en algunos supuestos podremos estar ante empresas por dominación, por ejemplo, cuando los proveedores los sean en exclusiva de la principal. En cualquier caso, la pertenencia de estas sociedades a la red empresarial, sea esta por coordinación o por dominación, permite explicar por qué la sociedad principal puede disponer y ordenar conductas a estas empresas. La matriz posee vínculos societarios o contractuales que la habilitan para decretar conductas a las suministradoras, mientras que estas aceptan, por esa influencia, las órdenes de la empresa principal.

Respecto del banco social, la contraparte de las direcciones de las empresas transnacionales son las federaciones sindicales internacionales. Además, es habitual también encontrar acuerdos suscritos conjuntamente por sujetos que vienen a complementar la legitimidad de las federaciones internacionales¹²¹⁰.

Puede encontrarse un primer grupo de acuerdos suscritos por las direcciones empresariales transnacionales junto con las federaciones internacionales y los Comités de Empresa Mundiales o/y Europeos¹²¹¹. Cuando una empresa cuenta con órganos institucionalizados de representación global y, aún así, el Acuerdo Marco Global se suscribe también con las federaciones sindicales internacionales, parece que se pone en cuestión la representatividad de su Comité Mundial, pues teniendo un órgano de representación parecería innecesario tener que recurrir a la firma de las federaciones sindicales transnacionales para completar la legitimidad de los representantes de los trabajadores, que en principio representan al conjunto de la

¹²⁰⁹ Tendremos ocasión de volver sobre la responsabilidad social corporativa externa más adelante, *vid. infra*, apartado Capítulo 1.III.4 La dimensión externa de la Responsabilidad Social C.

¹²¹⁰ Sobre las posibilidades adoptadas por los interlocutores sociales para suscribir un Acuerdo Marco Global puede consultarse ALES, Edoardo, ENGBLOM, Samuel, JASPERS, Teun, LAULOM, Sylvaine, SCIARRA, Silvana, SOBCZAK, André y VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “Transnational collective...”, *op. cit.*, pp. 22-27; PÉREZ YÁÑEZ, Rosa María, “Los Acuerdos Marco Internacionales...”, *op. cit.*, p. 471.

¹²¹¹ Alrededor del 16% de los Acuerdos Marco Globales son suscritos por las Federaciones Internacionales, por Comités de Empresa Europeos y por Comités Mundiales, (Base de datos conjunta de la OIT/Comisión Europea, fecha consulta: septiembre 2015). Estos acuerdos suelen ser impulsados por IndustriALL, antes conocida como IFM, *vid.* HAMMER, Nikolaus, “Acuerdos Marco Internacionales...”, *op. cit.*, p. 127.

plantilla. No obstante, quizá otra lectura de los mismos podría llevarnos a considerar que tras las negociaciones con las federaciones sindicales internacionales para constituir el Comité Mundial, como gesto de buena voluntad y dada la importancia y capacidad de influencia de estas federaciones internacionales, se decide no dejar fuera de la negociación a estas organizaciones. Además, es usual que los acuerdos de constitución de los Comités Mundiales excluyan expresamente cualquier papel negociador de estos órganos. Por tanto, podría entenderse que en realidad los Comités Mundiales participan en el mismo como parte de su derecho a la información y consulta.

En cuanto a la participación de los Comités de Empresa Europeos, es evidente que el desarrollo de los Acuerdos Marco Globales está muy condicionado por la experiencia negociadora europea. Las prácticas y lecciones aprendidas de la negociación para alcanzar un comité de dimensión comunitaria han sido la base para desarrollar los Acuerdos Marco Globales. Ello se evidencia en que los acuerdos negociados de responsabilidad ética se han constituido fundamentalmente en empresas transnacionales europeas, aprovechándose de la institucionalización del sindicalismo en Europa¹²¹². Por ello, en ocasiones, junto a la federación correspondiente, el Acuerdo Marco es suscrito también por el Comité de Empresa Europeo correspondiente¹²¹³.

La participación de los Comités Europeos es interesante porque, como se recordará, los acuerdos de constitución de estos órganos de representación tampoco suelen conceder a estas instituciones competencias negociadoras. Por ello, es relevante ver como algunas de estas estructuras legales formales, ante las limitaciones de su estatus jurídico, han logrado ampliar su margen de actuación participando en la negociación de instrumentos de responsabilidad social corporativa.

No obstante, aunque desde la perspectiva del Comité de Empresa Europeo es interesante su participación como sujeto negociador en este tipo de acuerdos, puede cuestionarse si estos tienen la representatividad necesaria para ser parte¹²¹⁴.

¹²¹² BAYLOS, GRAU, Antonio, “Un instrumento de regulación...”, *op. cit.*, p. 118. La estrecha vinculación entre los Acuerdos Marco Globales europeos y los firmados a escala global también ha sido puesta de manifiesto por COSTA, Isabel de y REHFELDT, Udo, “Convenios colectivos transfronterizos...”, *op. cit.*, p. 70; SOBZAK, André, “Aspectos legales de los acuerdo...”, *op. cit.*, p. 148.

¹²¹³ ANTONELLO BENITES, Flavio, “Los Comités de Empresa Europeos y su desarrollo en Alemania”, *op. cit.*, p. 186; BAYLOS, GRAU, Antonio, “Un instrumento de regulación...”, *op. cit.*, p. 118. Según los registros de la base de datos conjunta OIT/Comisión Europea, en más del 16% de los Acuerdos Marco Globales participan los Comités de Empresa Europeos de las empresas. Aunque, en realidad, muy raramente estos órganos de representación de los trabajadores en las empresas de dimensión comunitaria suscriben como únicos formantes del lado de los trabajadores, *vid.* PÉREZ YÁÑEZ, Rosa María, “Los Acuerdos Marco Internacionales...”, *op. cit.*, p. 475.

¹²¹⁴ SOBZAK, André, “Aspectos legales de los acuerdo...”, *op. cit.*, p. 153; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José, “Los sujetos protagonistas de los acuerdos...”, *op. cit.*, p. 18.

Obviamente estos órganos de representación europeos no representan al conjunto de los trabajadores de la corporación transnacional, solo a los europeos¹²¹⁵. Su legitimidad, por tanto, merece una reflexión que abordaremos junto con el siguiente grupo de acuerdos.

Es posible encontrar otro conjunto de acuerdos en los que el banco obrero está compuesto por representantes internacionales y nacionales¹²¹⁶. Es el caso más habitual, por ejemplo, en los acuerdos españoles, que además de contar con las federaciones sindicales internacionales –fundamentalmente ICM, IndustriALL y UNI Global– son suscritos por los sindicatos nacionales, UGT y CCOO¹²¹⁷.

La participación de sindicatos nacionales en la firma de un acuerdo internacional resulta llamativa, porque en lugar de contar con todos los sindicatos nacionales de los Estados en los que la empresa presta sus servicios, lo que podría ser razonable, frecuentemente solo están llamados a suscribir estos acuerdos los sindicatos del Estado de la sede central de la empresa¹²¹⁸. La presencia exclusiva de representantes de la sede de origen podría justificarse como un reconocimiento a su labor e importancia en la cadena de producción¹²¹⁹. En este sentido, es notorio que las empresas suelen emplear a un mayor número de personas en sus Estados de origen.

Estrechamente conectada con la crítica anterior, surge un problema de legitimidad en el banco social vinculado al problema de los Comité de Empresa Europeos. Parece insólito que la negociación de un acuerdo con vocación global sea suscrito, aunque sea conjuntamente, por una organización que solo representa a un número limitado de los destinatarios. Para valorar adecuadamente la pertinencia de la presencia de los sindicatos nacionales como cofirmante, conviene plantearse una hipótesis más extrema: ¿sería válido un Acuerdo Marco Global suscrito exclusivamente por sindicatos nacionales o por el Comité de Empresa Europeo?

Ambas suposiciones argumentales merecen una respuesta afirmativa en atención a la naturaleza de los Acuerdos Marco Globales, al menos en este momento inicial de la

¹²¹⁵ Aunque la Directiva de los Comités de Empresa Europeos contempla la posibilidad de incorporar a representantes de Estados ajenos a la Unión Europea, no es habitual que en los Comités de Empresa Europeos lo hayan hecho. Por tanto, los Comités de Empresa Europeos solo representarán generalmente a los trabajadores europeos.

¹²¹⁶ Los representantes nacionales participan en cerca del 43% de los Acuerdos Marco Globales suscritos en las empresas transnacionales, según la base de datos conjunta de la OIT/Comisión Europea (Fecha consulta: septiembre 2015). Estos acuerdos suelen estar potenciados por la Federación ICM, *vid.* HAMMER, Nikolaus, “Acuerdos Marco Internacionales...”, *op. cit.*, p. 127.

¹²¹⁷ Al respecto, también, *vid.* PÉREZ YÁÑEZ, Rosa María, “Los Acuerdos Marco Internacionales...”, *op. cit.*, p. 476.

¹²¹⁸ El más alto grado de legitimidad de los Acuerdos Marco Globales solo se alcanzaría llamando a todas las organizaciones sindicales de todos los Estados y empresas afectadas por el ámbito de aplicación del acuerdo, SOBZAK, André, “Aspectos legales de los acuerdo...”, *op. cit.*, p. 154.

¹²¹⁹ Al respecto *vid.*, BAYLOS, GRAU, Antonio, “Códigos de conducta y acuerdos-marco...”, *op. cit.*, p. 118.

responsabilidad social corporativa. Estos acuerdos, como ya se ha señalado, no dejan de ser una declaración voluntaria de un compromiso ético de las empresas. Como tal, se ha defendido que son una manifestación unilateral de autocontención empresarial, que se exterioriza de forma acordada para incrementar su legitimidad entre sus destinatarios y usualmente también para mejorar la reputación y publicidad de la empresa que participa en su adopción¹²²⁰.

Por tanto, si lo que facilita la eficacia de los acuerdos es la propia decisión de las empresas, no parece que deba existir ningún obstáculo para que el Acuerdo Marco Global negociado con los sindicatos nacionales de un solo Estado o con los representantes de los trabajadores en el seno del Comité de Empresa Europeo sea aplicable en el conjunto de los Estados en los que la empresa preste sus servicios. En otras palabras, dos manifestaciones de un mismo fenómeno, la responsabilidad social corporativa, son posibles: la responsabilidad social corporativa unilateral, a través del código de conducta; o negociada con los representantes de los trabajadores –ya sean sindicatos nacionales, Comité de Empresa Europeo, Comité de Empresa Mundial o de todos o algunos de los anteriores– a través de los Acuerdos Marco Globales.

c.2.1. La negociación colectiva sectorial internacional

Finalmente, debemos abordar el análisis de los Acuerdos Marco Globales suscritos por las federaciones sindicales internacionales¹²²¹, pues son absolutamente excepcionales aquellos en los que no haya participado alguna federación sindical internacional¹²²², pero además porque los pocos instrumentos que no han contado con la intervención de las organizaciones sindicales globales arrojan un régimen más precario que los mecanismos que sí han sido negociados por ellas¹²²³.

¹²²⁰ Se ha afirmado que la participación de los Comités de Empresa Europeos como confirmantes de un Acuerdo Marco Global no deja de ser un reconocimiento como interlocutor válido, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José, “Los sujetos protagonistas de los acuerdos...”, *op. cit.*, p. 18.

¹²²¹ En la base de datos de la conjunta OIT/Comisión Europea (fecha consulta: septiembre 2015) solo es posible encontrar seis acuerdos, poco más del 4% de los negociados, que no hayan sido elaborados con la participación de las federaciones sindicales.

¹²²² Es habitual que los Acuerdos Marco Globales sean suscritos por varias Federaciones Sindicales Internacionales, lo que responde al carácter multisectorial de las empresas transnacionales, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José, “Los sujetos protagonistas de los acuerdos...”, *op. cit.*, p. 16.

¹²²³ Los acuerdos identificados en la base de datos conjunta OIT/Comisión Europea (fecha consulta: septiembre 2015) son: el Acuerdo Marco Global de Suez-Lyonnaise des Eaux (1998) a pesar de que este acuerdo recoge unas previsiones más propias de un código ético, fue negociado con el Comité de Empresa Europeo de la compañía y, en consecuencia, debe tener la consideración de Acuerdo Marco; el Acuerdo Marco Global de Suez (2002) negociado por empresa y representantes de los trabajadores en el Comité de Empresa Europeo, en el que acuerdan un código de salud y seguridad en el trabajo de eficacia global; el Acuerdo Marco Global de ThyssenKrupp (2007), este acuerdo recoge el contenido típico de un Acuerdo Marco Global, incluido la institucionalización de un sistema de control, pero negociado exclusivamente con el Comité de Empresa Europeo y Comité de Empresa Mundial de la compañía; el Acuerdo Marco Global de Siemens (2007), empresa y Comité de Empresa Europeo acuerdan que la dirección pondrá en marcha un programa de responsabilidad social corporativa; el Acuerdo Marco Global de Europcar (2008) a pesar de que el instrumento se autodenomina

La legitimación de las federaciones sindicales internacionales para componer el banco social también puede verse cuestionada pues estas no tienen porqué tener presencia en todas las empresas del grupo, ni ninguna norma –nacional, regional o global– les otorga poder alguno de negociación en nombre de los trabajadores o de las organizaciones sindicales nacionales¹²²⁴. De hecho, aunque los sindicatos nacionales afiliados a las federaciones internacionales tengan presencia en todas las empresas del grupo, muy difícilmente todos los trabajadores estarán afiliados a esos sindicatos. Además, es posible que la empresa desarrolle sus actividades en algún Estado en el que la representación de los trabajadores sufra muchas restricciones, cuando no está totalmente proscrita¹²²⁵. En estos casos, por tanto, al igual que en los acuerdos suscritos por representantes nacionales o por el Comité de Empresa Europeo la legitimidad para negociar en nombre de los trabajadores debe argumentarse sobre otros criterios que no sean la representación directa.

Podría argüirse que la legitimación de las federaciones sindicales, compuestas de organizaciones sindicales nacionales, se obtiene por irradiación de la legitimación de las organizaciones nacionales. Por tanto, en la medida en que estas tengan legitimación para negociar acuerdos de eficacia general en su Estado, facilitarán que las organizaciones sindicales transnacionales a las que se afilien puedan hacerlo en un ámbito superior.

No obstante, quizá la respuesta sea más sencilla. Ya hemos afirmado que los Acuerdos Marco Globales no dejan de ser una muestra de responsabilidad social corporativa “unilateral” por parte de las empresas transnacionales. Son las direcciones empresariales las que de manera unilateral, sin que ninguna norma jurídica o costumbre internacional las pueda obligar de momento a incorporar algún mecanismo de estas características en contra de sus deseos, las que resuelven apostar por incorporar instrumentos unilaterales de responsabilidad social corporativa, códigos éticos, o por instrumentos negociados, Acuerdos Marco Globales, en búsqueda de una mayor legitimidad y repercusión de sus actuaciones. Por tanto, la capacidad de las federaciones internacionales de suscribir el acuerdo dependerá del previo reconocimiento como interlocutor adecuado por parte de las empresas

código ético es negociado con los representantes de los trabajadores, incorpora las prescripciones típicas e incluso anima a sus socios comerciales a respetar el contenido del código (dimensión externa), sin embargo no incorpora ningún mecanismo de control; el Acuerdo Marco Global de Enel (2009) suscrito por representantes sindicales italianos.

¹²²⁴ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “Los alcances de la responsabilidad social...”, *op. cit.*, p. 13; MAIRA VIDAL, María del Mar, “Los Acuerdos Marco Internacionales...”, *op. cit.*, p. 152. No obstante, tratándose de acuerdos globales con vocación de operar en el espacio transnacional se ha afirmado que la “idoneidad o la calidad representativa de estas federaciones queda fuera de toda duda”, *vid.* PÉREZ YÁÑEZ, Rosa María, “Los Acuerdos Marco Internacionales...”, *op. cit.*, p. 472.

¹²²⁵ La crítica a la legitimidad de los sujetos firmantes de un Acuerdo Marco Global dificulta fundamentalmente al intento de extender sobre estos acuerdos la condición de convenios colectivos, *vid.* SOLER ARREBOLA, José A., “Los acuerdos marco internacionales...”, *op. cit.*, p. 168.

transnacionales. Otra cosa será que los trabajadores, a los que potencialmente representan, les reconozcan o no legitimidad a su representación en función del acuerdo que logren alcanzar.

Otra particularidad de la negociación predominante de las federaciones sindicales internacionales, que no son la representación sindical de los trabajadores en la empresa, con las empresas transnacionales provoca un resultado no esperado. Los Acuerdos Marco Globales se convierten en un híbrido, a caballo entre el acuerdo de empresa –pues el interlocutor empresarial es la dirección empresarial de una única sociedad– y la negociación de sector –pues la representación sindical se configura sobre el sector–¹²²⁶.

Para que pudiéramos hablar de negociación sectorial internacional en sentido estricto, los Acuerdos Marco Globales deberían reunir a todas o a varias empresas de un sector y a las federaciones sindicales de ese mismo sector. No obstante, la normalización y extensión de esta práctica no parece cercana. Dos ejemplos aislados pueden ser analizados.

En primer lugar, pueda citarse sobre negociación sectorial internacional con cierto éxito y eficacia sea el acuerdo sobre prevención de incendios y seguridad en la construcción en Bangladesh¹²²⁷. Este acuerdo formalizado a consecuencia del derrumbe el 24 de abril del 2013 del edificio Rana Plaza en Savar, cerca de Dacca (Bangladesh), ha sido suscrito por más de 200 compañías transnacionales y las federaciones internacionales IndustriALL y UNI Global.

Este acuerdo se separa de las características generales de los Acuerdos Marco Globales en varios relevantes aspectos. En primer lugar, ha sido suscrito por una pluralidad de sujetos, en lugar de por una sola federación internacional y por una sola empresa transnacional. Además, su ámbito de aplicación territorial se limita a un territorio concreto, en lugar de resultar de aplicación al conjunto de centros de trabajo de las empresas que se adhieran al acuerdo. Asimismo, aunque es habitual que los Acuerdos Marco Globales entren en vigor a partir de la firma de estos acuerdos, este acuerdo sectorial, al estar abierto a adhesiones posteriores, entra en vigor desde el momento en que cada empresa suscriba el mismo para las empresas. Finalmente, los destinatarios reales de las obligaciones contenidas en el Acuerdo son los proveedores de las empresas transnacionales y no estas empresas; al contrario que en los Acuerdos Marco Globales, en los que los proveedores, si aparecen, acostumbran a hacerlo como sujetos secundarios de los mandatos del Acuerdo Marco Global de la principal.

¹²²⁶ Destaca la asimetría entre las partes negociantes, empresa frente a sector, SOBZAK, André, “Aspectos legales de los acuerdo...”, *op. cit.*, p. 152.

¹²²⁷ Para un análisis en profundidad sobre el contenido del Acuerdo *vid.* SOLER ARREBOLA, José A., “Nuevas tendencias en los acuerdos marco...”, *op. cit.*

A pesar las peculiaridades enunciadas y de que los propios sujetos que redactaron el acuerdo no lo denominan Acuerdo Marco Global, parece bastante acertado incluirlo dentro del subtipo de Acuerdo Marco sectoriales¹²²⁸. De hecho, en realidad las características señaladas son la evidencia de su pertenencia a un subtipo especial de Acuerdos Marco Globales, que permite la territorialización y sectorialización de la negociación colectiva internacional. Estas posibilidades de concretar y escalar los efectos positivos de las negociaciones debería permitir a las empresas y a los sindicatos internacionales avanzar más rápido en las negociaciones, al no tener que pactar condiciones de eficacia general para toda la empresa, sino que es posible mejorar de manera inmediata los estándares laborales de los centros de trabajo y de los Estados con peores condiciones. Sin embargo, este modelo sectorial plantea el riesgo elevado de que las empresas usen esta territorialización para restringir los efectos positivos de la negociación colectiva internacional a unas escasas regiones y, en consecuencia, se pierdan los efectos positivos de la negociación sectorial.

Los Acuerdos Marco sectoriales permiten establecer un mismo régimen jurídico a un sector, en este caso al textil y de confección en Bangladesh. Aunque el ámbito territorial de este ejemplo de negociación sectorial es ciertamente limitado, muestra el camino que podría seguir la negociación internacional si quiere alcanzar metas de protección y tutela equiparables a las disfrutadas por los trabajadores gracias a los ordenamientos nacionales¹²²⁹. Donde la negociación colectiva sectorial, al menos en los Estados con una tasa de afiliación sindical en la empresa baja –equivalente a la penetración de los sindicatos internacionales–, ha servido para garantizar un estándar laboral mínimo y para conquistar su mejora a lo largo del tiempo.

En segundo lugar, puede traerse a colación el acuerdo entre Uni Global y las empresas miembro de la Confederación Internacional de Empresas Privadas de Servicios (CIETT)¹²³⁰. Este instrumento, que tampoco es denominado Acuerdo Marco Global –recibe la aséptica denominación de “Memorando de Acuerdo”–, es, sin duda, un ejemplo de negociación colectiva sectorial transnacional entre las empresas de trabajo temporal y una federación sindical internacional.

¹²²⁸ A pesar de las peculiaridades de este Acuerdo (la pluralidad de sujetos firmantes, la limitación espacial, la posibilidad de adhesión posterior) SOLER ARREBOLA entiende que estamos ante un Acuerdo Marco Global ordinario porque cumple con los dos elementos esenciales de un Acuerdo Marco Global: el carácter negociado y la presencia de Federaciones sindicales internacionales y de direcciones transnacionales, *vid.* “Nuevas tendencias en los acuerdos marco...”, *op. cit.*, p. 104.

¹²²⁹ Se ha sugerido también que las reuniones sectoriales de la OIT podrían ser aprovechadas como vía alternativa a la negociación de los Acuerdo Marco Global, en lugar de cómo espacio para intercambiar información y buenas prácticas sobre la negociación transnacional entre las empresas transnacionales y las organizaciones sindicales internacionales, *vid.* DROUNI, Renée-Claude, “El papel de la OIT...”, *op. cit.*, p. 293.

¹²³⁰ Forman parte de la CIETT Adecco, Kelly Services, Manpower, Olympia Flexgroup AG, Randstad y USG People.

La importancia de este acuerdo radica en que efectivamente es un supuesto de negociación sectorial no vinculado a un territorio concreto, ni a un evento catastrófico, como el prototipo anterior. Lamentablemente esa es su mayor virtud, pues el contenido del acuerdo es manifiestamente decepcionante.

Las empresas de la CIETT y UniGlobal se limitan a convenir que promoverán la aplicación del Convenio 181 y de la Recomendación 188 de la OIT sobre las agencias de empleo privadas, con particular énfasis sobre la prohibición de no coro de tarifa a los trabajadores que empleen estas sociedades. Además, también se comprometen a respetar la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva garantizados por los convenios 87 y 98 de la OIT. Asimismo, las partes se comprometen a reunirse dos veces al año para revisar el respeto y aplicación del acuerdo y a difundir él mismo entre las estructuras de las empresas firmantes.

Junto a estos dos compromisos expresos de vinculación por la normativa laboral internacional, el acuerdo contiene un reconocimiento de la importancia que las empresas de trabajo temporal pueden exhibir en las economías contemporáneas. Esta declaración deja en evidencia el ánimo eminentemente publicitario del acuerdo. No obstante, ello no debe restar reconocimiento a este instrumento que, como hemos señalado, pasa por ser uno de los primeros ejemplos de negociación sectorial internacional.

Mientras aguardamos a una generalización de la negociación sectorial transnacional de calidad, que no parece cercana, lo cierto es que no puede dejar de reconocerse que en el espacio internacional hay ya de facto una negociación de sector porque las condiciones pactadas son tan generales y básicas que las federaciones internacionales suelen acordar exactamente las mismas condiciones en aquellos acuerdos en los que intervienen. De tal suerte que, de hecho, se obtienen los efectos derivados de la negociación de sector, imponer unas condiciones mínimas iguales a las empresas que presten sus servicios en un mismo sector para evitar que estas compitan devaluando los derechos laborales¹²³¹. El efecto es perceptible, por ejemplo, en los acuerdos suscritos por ICM en Acciona, Ferrovial, OHL, Endesa, Sacyr y Dragados. Todos estos acuerdos fijan regímenes jurídicos idénticos, en muchas ocasiones con artículos y apartados textuales identificables en varios textos.

c.3. Contenido de los Acuerdos Marco Globales

Aunque hemos manifestado que el elemento verdaderamente relevante de los Acuerdos Marco Globales es su carácter negociado, no podemos dejar de abordar

¹²³¹ Se ha señalado que la centralización y/o sectorización de la normativa laboral permite aplicar un régimen jurídico común a las empresas, se evita así que estas presionen a la baja para conseguir salarios o condiciones de trabajo inferiores a los del resto de empresas y obtener así una ventaja respecto de sus competidores, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel C., “El Derecho del Trabajo...”, *op. cit.*, p. 165.

brevemente el análisis de su contenido, pues este determina unas condiciones mínimas de trabajo en todos los centros de la empresa e incluso, en algunas ocasiones, en los centros de los proveedores y suministradores¹²³². Particularmente interesante será analizar las cláusulas sobre representación de los trabajadores previstas en estos pactos.

Los derechos previstos en estos acuerdos generalmente se vinculan a los grandes convenios de referencia sobre responsabilidad social corporativa elaborados por diferentes organizaciones internacionales¹²³³, tal y como ya hemos puesto de manifiesto. Especialmente de la OIT¹²³⁴, con referencias a la Declaración de 1998 sobre derechos y principios laborales fundamentales y a la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la OIT¹²³⁵, pero también a la Declaración Universal de Derechos Humanos, al Pacto Mundial de la ONU y a las Líneas Directrices para las empresas multinacionales de la OCDE.

La evocación de estos instrumentos de referencia cumple una doble función. Por una parte, sirve para facilitar el acuerdo de las partes al fijar un estándar mínimo de derechos reconocido internacionalmente. Por otra parte, favorece su aplicación entre los destinatarios ante las posibles críticas a las deficiencias en la legitimación del banco social apuntadas. Que los acuerdos recojan principios, derechos y obligaciones marcados como fundamentales por organizaciones internacionales de reconocido prestigio garantiza que el acuerdo cumple, al menos formalmente, con los contenidos mínimos que se esperan en un instrumento de estas características.

No obstante, se corre el riesgo de que en la búsqueda de un mínimo común se caiga en regulaciones tan superficiales y básicas que sirvan únicamente para justificar las actuaciones irregulares de las empresas transnacionales¹²³⁶.

En cuanto al contenido concreto que puede encontrarse en estos acuerdos, podemos encontrar escasas novedades en cuanto al materias recogidas por los convenios de

¹²³² BAYLOS, GRAU, Antonio, “Códigos de conducta y acuerdos-marco...”, *op. cit.*, p. 113.

¹²³³ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “La transnacionalización...”, *op. cit.*, p. 89; DROUNI, Renée-Claude, “El papel de la OIT...”, *op. cit.*, p. 280.

¹²³⁴ BANO, Fabrizio y VALENTI, Alberto, “El acuerdo marco global...”, *op. cit.*, p. 182.

¹²³⁵ Esta vinculación permite extender la eficacia de los Convenios de la OIT a Estados que no los hayan ratificado, pero en los que las empresas transnacionales desarrollen sus actividades, BAYLOS, GRAU, Antonio, “Un instrumento de regulación...”, *op. cit.*, p. 116.

¹²³⁶ En similares términos, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel C., “El Derecho del Trabajo...”, *op. cit.*, p. 171.

referencia o por los códigos éticos más avanzados¹²³⁷. Las cláusulas pueden agruparse en cuatro grandes bloques¹²³⁸.

Por una parte, la práctica totalidad de los Acuerdos Marco Globales, más del 87% según la base de datos conjunta OIT/Comisión Europea, suelen incorporar disposiciones sobre el respeto a los derechos humanos y laborales esenciales. Tales como: la libertad sindical, libertad de asociación y el derecho a la negociación colectiva, no discriminación, prohibición del trabajo infantil y del trabajo forzoso¹²³⁹.

La práctica totalidad también hace mención expresa a los Convenios de la OIT de una u otra forma (bien remitiéndose de forma genérica a los mismos, bien incluyendo una referencia expresa a los convenios a los que se someten las partes, que puede ir desde uno a un listado más o menos extenso).

Un segundo grupo de disposiciones sobre empleo, jornada y salario. En este sentido los Acuerdos Marco Globales suelen incorporar el reconocimiento a disfrutar de una jornada laboral no excesiva en los términos legales y del convenio, protección de los trabajadores migrantes, limitaciones de las extraordinarias y no obligatorias, salarios suficientes. Aunque en muchas ocasiones las cláusulas que se incorporan a los Acuerdos Marco Globales se limitan a la recepción de la legislación nacional de los Estados en los que la empresa transnacional presta sus servicios¹²⁴⁰.

¹²³⁷ Los Acuerdos Marco Globales tienen un contenido más preciso que los códigos éticos, SOBZAK, André, “Aspectos legales de los acuerdo...”, *op. cit.*, p. 156.

¹²³⁸ En similares términos se ha diferenciado cuatro grandes bloques de disposiciones: 1) Respeto a los derechos humanos y laborales esenciales, 2) Disposiciones sobre empleo, jornada y salario, 3) Salud y seguridad en el trabajo, formación o reestructuración y 4) Normas de Responsabilidad Social privada, *vid.* HAMMER, Nikolaus, “Acuerdos Marco Internacionales...”, *op. cit.*, p. 129. También se ha tratado de categorizar el contenido de los Acuerdos Marco Globales en función de los interesados en incluir cada cláusula en el acuerdo. Así, las previsiones podrían englobarse en dos grandes grupos de materias: a) previsiones de interés principal para los trabajadores –que incluiría asuntos como la libertad sindical, libertad de asociación y el derecho a la negociación colectiva, no discriminación, prohibición del trabajo infantil y del trabajo forzoso, jornada laboral no excesiva en los términos legales y del convenio, protección de los trabajadores migrantes, horas extraordinarias no excesivas y no obligatorias, salarios suficientes–, y b) previsiones de interés para la empresa –la protección del medio ambiente, rechazo de la corrupción y el soborno, salud y seguridad en el trabajo, movilidad geográfica, formación, subcontratación–, *vid.* PAPADAKIS, Konstantinos, CASALE, Giuseppe y TSOTROUDI, “Acuerdos Marco Internacionales...”, *op. cit.*, p. 100. Un análisis del contenido de los Acuerdos Marco Globales también en DÍAZ, David; PRIETO, José y DE LA PUEBLA, Ana, “Los instrumentos de gestión laboral transnacional: una visión desde la perspectiva de las relaciones colectivas”, *cit.*, págs. 654-657.

¹²³⁹ Más extensamente, CEINOS SUÁREZ, Ángeles, “Contenidos de los Acuerdos Marco Internacionales: los derechos y principios fundamentales de carácter laboral” en ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (Coord.), *Observatorio de la negociación colectiva: empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización*, Cinca, Madrid, 2010, pp. 518-524.

¹²⁴⁰ Al respecto, *vid.* SOLER ARREBOLA, José A., “Contenidos de los Acuerdos Marco Internacionales: condiciones laborales básicas y prescripciones complementarias” en ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (Coord.), *Observatorio de la negociación colectiva: empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización*, Cinca, Madrid, 2010, p. 534.

En cualquier caso, pese a que estas previsiones suelen estar redactadas de una forma un tanto ambigua, lo cierto es que su inclusión aproxima el contenido de los Acuerdos Marco Globales al de los convenios colectivos¹²⁴¹.

Junto a estas materias, también es usual que los Acuerdos Marco Globales recojan un catálogo de condiciones mínimas en materia de salud y seguridad en el trabajo, para el correcto y seguro desempeño de la prestación de servicios¹²⁴².

Finalmente, los Acuerdos Marco Globales acostumbran a recoger previsiones éticas sobre cómo relacionarse con los poderes públicos de los Estados en los que opere la empresa o con otras empresas y proveedores¹²⁴³. Tales como la prohibición de aceptar regalos o de ofrecer dádivas para influir en las decisiones de terceros.

Si bien el contenido sustantivo no es especialmente innovador respecto de los códigos éticos más desarrollados, el contenido procedimental sí incorpora el control del cumplimiento del acuerdo suscrito como gran avance respecto de otras fórmulas de responsabilidad social corporativa¹²⁴⁴. Así, mientras que en los acuerdos unilaterales es absolutamente excepcional aquel código que incorpora algún mecanismo de control y de verificación del cumplimiento por parte de la dirección empresarial, en los Acuerdos Marco Globales son norma general. Ello ha llevado a definir a estos acuerdos como instrumentos más responsables y que prevén una protección más eficaz que los acuerdos unilaterales¹²⁴⁵. No obstante, no puede dejar de reconocerse que los Acuerdos Marco Globales no suelen describir de forma exhaustiva los procedimientos de supervisión y vigilancia que emplean para garantizar el cumplimiento de los compromisos acordados¹²⁴⁶.

Aunque se analizarán más adelante con mayor profundidad los diferentes mecanismos de control de la responsabilidad social corporativa, podemos señalar ahora que algunas de las posibles vías de control y vigilancia son¹²⁴⁷: el establecimiento de un órgano de control conjunto entre empresa y representantes, la

¹²⁴¹ MAIRA VIDAL, María del Mar, “Los Acuerdos Marco Internacionales...”, *op. cit.*, p. 151.

¹²⁴² SOLER ARREBOLA, José A., “Contenidos de los Acuerdos Marco...”, *op. cit.*, pp. 538-540.

¹²⁴³ BAYLOS, GRAU, Antonio, “Un instrumento de regulación...”, *op. cit.*, p. 117.

¹²⁴⁴ Sin embargo, es posible identificar una categoría avanzada de códigos de conducta que sí incorporan mecanismos de control. Un análisis de los mecanismos de control de estos instrumentos entre los códigos de conducta de las multinacionales españolas puede consultarse en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “Códigos de conducta...”, *op. cit.*, pp. 28-39.

¹²⁴⁵ COSTA, Isabel de y REHFELDT, Udo, “Convenios colectivos transfronterizos...”, *op. cit.*, p. 89.

¹²⁴⁶ ALMENDROS GONZÁLEZ, Miguel Ángel, “La eficacia de los Acuerdos...”, *op. cit.*, p. 563.

¹²⁴⁷ Incluso se ha llegado a afirmar que los Acuerdos Marco Globales siempre incorporan instrumentos de control autónomos de los compromisos, *vid.* BAYLOS, GRAU, Antonio, “Códigos de conducta y acuerdos-marco...”, *op. cit.*, p. 120. Sin embargo, el concepto de Acuerdo Marco Global aquí manejado –cualquier instrumento negociado entre las partes, independientemente de su contenido– nos obliga a señalar que, aunque minoritarios, pueden existir Acuerdos Marco Globales sin mecanismos de control.

difusión de una cultura empresarial proclive al respeto del Acuerdo Marco Global y, finalmente, la adopción de incentivos para que los representantes nacionales y locales denuncien todas las posibles infracciones de la responsabilidad social corporativa¹²⁴⁸.

4. La dimensión externa de la Responsabilidad Social Corporativa

Ya se ha adelantado que la responsabilidad social corporativa tiene una doble dimensión, interna y externa. La vertiente interna contemplaba responsabilidades éticas con los sujetos dependientes de las empresas transnacionales. La vertiente externa va más allá y también pretende regular aquellas relaciones en las que intervienen otros sujetos, los *stakeholders* –a los que nos hemos referido ya en diversas ocasiones–, que pueden verse afectados por las actuaciones de la empresa transnacional¹²⁴⁹.

La dimensión externa es transversal a todas las formas de responsabilidad social corporativa, es decir, todos los instrumentos éticos descritos pueden poseer una dimensión externa¹²⁵⁰. Por ello, aunque ya hemos abordado algunos de los problemas derivados de la dimensión externa específicos de cada instrumento, cuando hemos analizado cada uno de ellos, corresponde ahora examinar conjuntamente las particularidades propias de esta dimensión.

En las compañías transnacionales contemporáneas, muy descentralizadas, la garantía de respetar unos principios éticos básicos no queda asegurada si no se tiene en cuenta la pluralidad de estructuras que pueden intervenir en la producción de la empresa principal. En otras palabras, las actuaciones de proveedores y contratistas, vulnerando derechos básicos, tienen en muchas ocasiones las mismas consecuencias negativas para la reputación de las empresas transnacionales que si dichas conductas hubieran sido cometidas directamente por personal de la compañía principal. Por tanto, es

¹²⁴⁸ PAPADAKIS, Konstantinos, CASALE, Giuseppe y TSOTROUDI, “Acuerdos Marco Internacionales...”, *op. cit.*, p. 103.

¹²⁴⁹ La teoría de los *Stakeholder*, por oposición a los *shareholder* (accionistas), fue desarrollada por primera vez por Freeman en FREEMAN, R. Edward, *Strategic Management: A stakeholder approach*, Pitman Press, Boston, 1984. Ha sido reiterada y perfeccionada más tarde, *vid.* FREEMAN, R. Edward, WICKS, Andrew C. Y PARMAR, Bidhan, “Stakeholder Theory...”, *op. cit.*, p. 364. Se ha llegado a afirmar que “resultaría muy cuestionable desde un punto de vista ético que solo pretendiera cubrir [la empresa transnacional] a sus empleados directos apartando a los de sus filiales, contratistas y subcontratistas, proveedores o consorcios”, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José, “Los sujetos protagonistas de los acuerdos...”, *op. cit.*, p. 7.

¹²⁵⁰ No obstante, aquellos sectores con cadenas de producción dominadas por el productor –como, por ejemplo, los sectores intensivos en capital y tecnología de la industria automovilística y aeronáutica– suelen negociar Acuerdos Marco Globales internos, referidos exclusivamente a la empresa misma. Mientras que, por otra parte, los Acuerdos Marco Globales de aquellos sectores con cadenas de producción dominadas por el comprador, donde las empresas principales han externalizado casi completamente la cadena de producción, –como, por ejemplo, la industria textil y la confección– suelen intentar regular esta, PLATZER, Hans-Wolfgang y RÜN, Stefan, Los Acuerdos Marco Internacionales..., *op. cit.*, p. 9.

entendible que la empresa desee controlar los posibles efectos negativos pueda generar a su negocio derivados de la actuación incontrolada de terceros¹²⁵¹.

El perjuicio para la reputación de la empresa principal puede provenir de cualquier participante en su proceso productivo. Por ello, cuando las empresas deciden incluir dentro de su responsabilidad social corporativa a terceros ajenos a su organización empresarial, suelen hacer una regulación extensiva, es decir, con vocación de que alcance a toda los subniveles de su cadena de producción¹²⁵².

Asimismo, además de tratar de vincular hasta el último de los proveedores de la cadena, también es relevante qué sujetos entiende la empresa que deberían estar vinculados por su responsabilidad social corporativa. Por ello, será importante el concepto más o menos inclusivo que la empresa maneje respecto de los sujetos externos que se verán afectados por su código¹²⁵³.

La extensión de los principios éticos a los proveedores y contratistas es la consecuencia lógica de la naturaleza publicitaria de la responsabilidad social corporativa, sobre todo en los códigos éticos, y de la voluntad de tutelar eficazmente los distintos derechos en juego. Sin embargo, la extensión a otros sujetos no siempre es sinónimo de una mejor protección, por ejemplo, los códigos éticos externos adolecen del mismo problema que los códigos internos. Son instrumentos unilaterales elaborados exclusivamente por la dirección de la compañía y, por tanto, herramientas tendentes a primar el objetivo publicitario sobre el de la defensa de principios éticos aplicados a la gestión empresarial.

Sin duda, tratar de proyectar principios éticos sobre la gestión de los proveedores y contratistas merece una valoración positiva. La descentralización productiva imperante, sobre todo en empresas transnacionales, provoca que una aplicación de la responsabilidad social corporativa circunscrita exclusivamente a la empresa principal tenga un alcance muy limitado. De hecho, teniendo en cuenta que las matrices de empresas transnacionales se encuentran situadas en Estados desarrollados, con legislaciones laborales más avanzadas que los principios genéricos que suelen contener estos, un instrumento de responsabilidad social corporativa que no se aplique a la cadena de producción no tendría aplicabilidad práctica.

¹²⁵¹ En este sentido, se ha señalado que la motivación que explica la existencia de estos instrumentos es más mercantil que laboral, *vid.* SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “Códigos de conducta...”, *op. cit.*, p. 204.

¹²⁵² Así ha sido puesto de manifiesto por CALVO GALLEGOS, Francisco Javier, *Códigos éticos y derecho...*, *op. cit.*, p. 27.

¹²⁵³ Así, por ejemplo, para el grupo Repsol el concepto de proveedor (en sentido estricto, específico de bienes y producto) incluye también el de contratista (más propio de la prestación de servicios), ALMENDROS GONZÁLEZ, Miguel Ángel, “El sistema de gestión y control...”, *op. cit.*, p. 166. Se ha sugerido que no deberán someterse al mismo régimen aquellos proveedores que trabajen regularmente en las fábricas de la empresa principal que el resto, SOBZAK, André, “Aspectos legales de los acuerdos...”, *op. cit.*, p. 155.

A pesar de que es recomendable y necesario que las empresas transnacionales extiendan sobre sus proveedores y subcontratistas los principios éticos de gestión de los que se han dotado, la aplicación del instrumento elaborado por la empresa principal a sus empresas secundarias entraña serias dificultades, más allá de los problemas jurídicos que plantea la exigibilidad y el control de unas normas empresariales unilaterales a un sujeto que no ha participado en su elaboración, sobre los que tendremos la oportunidad de regresar más adelante.

La extensión de la responsabilidad social corporativa a los proveedores debe contar siempre con la cooperación y buena voluntad de las empresas transnacionales. De lo contrario, muy difícilmente podrán las federaciones sindicales internacionales potenciar, imponer o controlar la responsabilidad social corporativa externa, ya que estas desconocerán la localización de los suministradores que presten servicios para la empresa principal. Por ello, sería recomendable la revelación periódica de los emplazamientos de las empresas implicadas en la cadena de producción de las empresas transnacionales¹²⁵⁴.

No obstante, las propias direcciones empresariales pueden encontrarse con dificultades a la hora de controlar a sus suministradores, dada la extensión y complejidad de las largas cadenas de producción descentralizada a través de diversos países¹²⁵⁵. El control que la empresa principal, una sociedad privada, puede hacer sobre empresas localizadas en otros Estados es muy limitado y en buena parte depende de la buena fe y la colaboración de los proveedores y subcontratistas, y de la influencia comercial que pueda desarrollar sobre ellos en función de los ingresos que les reporte. Los proveedores pueden mentir sobre su compromiso ético o pueden recurrir a subcontratistas sin que la empresa principal tenga conocimiento de ello. En cualquier caso, sea de forma consciente o inconsciente, tengan o no el propósito de evitar la aplicación del código ético de la principal, lo cierto es que la actitud de los contratistas y proveedores puede dificultar sobre manera el control de la cadena que puede ejercer la principal.

En cualquier caso, el control que se pretenda ejercer sobre los proveedores o contratistas no siempre será el mismo. En atención al grado de exigibilidad que se

¹²⁵⁴ Vid. MILLER, Doug, "La política de la FITTVC...", *op. cit.*, p. 215.

¹²⁵⁵ Así, se ha señalado que cuanto más estrecha y duradera es la relación de la empresa principal con los proveedores, tanto más fácil es la aplicación de la responsabilidad social corporativa externa. Y cuanto más larga es la cadena de producción y más complejos los estratos de contratistas y subcontratistas, más compleja es la exigibilidad de responsabilidades a las empresas secundarias por parte de la empresa principal, DILLER, Janelle, "¿Una conciencia social...", *op. cit.*, p. 122.

pretenda ejercitar sobre los colaboradores externos podremos diferenciar entre instrumentos con una intensidad débil, media o fuerte¹²⁵⁶.

Serán instrumentos externos débiles aquellos en los que las compañías solo se comprometan a alentar a sus proveedores, contratistas y colaboradores externos que respeten los estándares laborales defendidos en el propio texto. La fuente de inspiración de estos acuerdos débiles suele ser el pacto Mundial de las Naciones Unidas. Evidentemente estos instrumentos carecen de fuerza vinculante, pero en función del nivel de compromiso desplegado por la compañía transnacional, pueden llegar a tener un efecto persuasivo muy elevado. Ello hace que se les considere como uno de los exponentes del soft law¹²⁵⁷.

Las herramientas de intensidad media además de recomendar a sus proveedores que respeten el contenido del código ético llevan a cabo una promoción proactiva del mismo. Normalmente esta difusión recurre a primar a aquellos proveedores que respeten el contenido del código/acuerdo, estableciendo, por ejemplo, el respeto al instrumento de responsabilidad social corporativa como criterio para establecer y/o continuar las relaciones empresariales. Además, estas herramientas de intensidad media suelen ya incorporar algún mecanismo de sanción en caso de incumplimiento.

Finalmente, el instrumento unilateral más importante serían los códigos/acuerdos externos fuertes. Estos condicionan la relación mercantil entre empresa transnacional y proveedores y subcontratistas a que suscriban y respeten el código/acuerdo. Es decir, solo se mantendrán relaciones comerciales con los proveedores que lo respeten. En caso de que se detecte alguna vulneración del mismo durante la vigencia de la relación mercantil entre las empresas, si esta no es subsanada, la empresa principal se compromete a extinguir el vínculo que relacione a las empresas.

Además, la responsabilidad social corporativa externa puede tener un ámbito de aplicación horizontal o vertical más o menos extenso¹²⁵⁸. La mayor o menor cobertura dependerá de la actividad a la que se dedique la compañía transnacional y de su interés en alcanzar al mayor número posible de destinatarios. El ámbito horizontal abarca todas las empresas colaboradoras que actúan de manera coordinada con la empresa principal, por ejemplo empresas franquiciadas y suministradoras de bienes y servicios, sin integrarse en la cadena de producción. Por su parte, el ámbito de aplicación vertical hace referencia a todas las fases de producción de la empresa, estén

¹²⁵⁶ Al respecto, SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “Los alcances de la responsabilidad social...”, *op. cit.*, pp. 505-511; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José, “Los sujetos protagonistas de los acuerdos...”, *op. cit.*, pp. 11-13; SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “Códigos de conducta...”, *op. cit.*, p. 206 y ss; HAMMER, Nikolaus, “Acuerdos Marco Internacionales...”, *op. cit.*, p. 134.

¹²⁵⁷ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “Códigos de conducta...”, *op. cit.*, p. 209.

¹²⁵⁸ La distinción entre ámbito de aplicación horizontal o vertical coincide con la defendida por SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “Códigos de conducta...”, *op. cit.*, p. 215-218.

situados en el Estado en el que se desarrollen y bajo la fórmula que se desarrollen, distintas empresas, con vinculación accionarial o sin vinculación.

No obstante, que puedan ser destinatarios de previsiones de estos acuerdos transnacionales no significa que formen parte de sus negociaciones. La aplicación de un Acuerdo Marco Global, que en última instancia no deja de ser un acuerdo entre dos partes, a sujetos que no han participado en dichas negociaciones no deja de ser problemática. Las empresas transnacionales suelen recurrir al contrato mercantil que las vincula con sus empresas proveedoras para regular esta extensión de eficacia de la responsabilidad social corporativa. Debido a la complejidad e importancia de este mecanismo de control, su análisis se abordará más adelante, junto a otros problemas derivados del control y eficacia de las normas de responsabilidad social corporativa.

Además de hacer un llamamiento a sujetos ajenos a la empresa para que cumplan con el código de la empresa será necesario que se articulen mecanismos que garanticen el respeto al mismo y que no quede como una norma vacía e contenido.

La efectividad de los códigos unilaterales ha sido muy limitada porque no se ha aplicado a toda la cadena de producción, ni se ha controlado su aplicación en las empresas subcontratistas, ni tampoco se han previsto sanciones eficaces contra posibles incumplimientos¹²⁵⁹.

5. Criterios de articulación de las normas de Responsabilidad Social Corporativa transnacionales: convenios de referencia, códigos éticos (internos e externos) y Acuerdos Marco Globales

La existencia de la pluralidad de normas de responsabilidad social corporativa descritas en el panorama transnacional aconseja en este momento clarificar las relaciones entre estas herramientas y el resto de fuentes del ordenamiento laboral.

Los convenios de referencia son las normas que menos problemas plantean pues su carácter unilateral y su condición de norma inspiradoras de otras, dificulta que entren en conflicto con otras. En todo caso, serán aquellas normas que se inspiren en estas fuentes las que deban respetar y coordinar su actuación con las legislaciones nacionales o con otras fuentes.

La relación de los códigos éticos transnacionales y los Acuerdos Marco Globales con las normativas nacionales y convencionales se rige por el principio de supletoriedad. Es decir, las normas de responsabilidad social corporativa deben respetar las materias indisponibles a la autonomía colectiva o individual dispuestas por las legislaciones y los convenios colectivos nacionales. En aquellas condiciones que sean disponibles

¹²⁵⁹ MERINO SEGOVIA, Amparo y RENTERO JOVER, Antonio, “Fórmulas atípicas de regulación...” *op. cit.*, p. 284.

por las partes, los códigos éticos o los Acuerdos Marco Globales se configuran como el suelo que puede ser mejorado siempre por las normas o convenios nacionales¹²⁶⁰.

Asimismo, la relación con los contratos individuales estará presidida por el mismo principio de supletoriedad¹²⁶¹. De tal suerte que los códigos éticos y los Acuerdos Marco Globales son en este sentido un nuevo límite que debe respetar obligatoriamente la autonomía individual. Ciertamente, el carácter genérico y poco desarrollado que todavía tiene el contenido de estos acuerdos hace que este límite apenas tenga importancia en los Estados desarrollados, en los que las legislaciones ofrecen regímenes jurídicos más protectores que el de la responsabilidad social corporativa, pero puede tener gran importancia en los Estados en vías de desarrollo, en los que estos acuerdos transnacionales sí pueden presentar un régimen que proteja a los trabajadores más allá de las legislaciones nacionales.

En cuanto a la relación de los códigos éticos y los Acuerdos Marco Globales con otros instrumentos de responsabilidad social corporativa transnacional, debemos diferenciar varias situaciones. En primer lugar, la relación de los códigos éticos y los Acuerdos Marco Globales con los convenios de referencia podrá ir desde la máxima inspiración, copiando literalmente su contenido, hasta ignorar completamente a estos instrumentos. Dependerá de la estrategia de negociación de las partes. Lo habitual es que los Acuerdos Marco Globales o los códigos éticos más avanzados se inspiren en alguno o algunos de los convenios de referencia y los empleen como mínimos comunes sobre los que construir el acuerdo entre las partes.

Más compleja es la relación de los Acuerdos Marco Globales con los códigos éticos. En principio podría parecer que debe existir una relación de exclusión entre ambas figuras, pues en principio comparten ámbitos objetivos y subjetivos. Sin embargo, en la experiencia práctica ambas herramientas mantienen una relación simbiótica¹²⁶². Es usual que el primer contacto de una empresa con la responsabilidad social corporativa transnacional sea la elaboración de un código ético, el buen desarrollo de este código termina provocando la aprobación de un Acuerdo Marco Global posterior, que puede

¹²⁶⁰ Se ha descrito a los Acuerdos Marco Globales como una “red” sobre la que operan el resto de fuentes, que deben articularse como mecanismos de mejora de lo establecido en él, SOLER ARREBOLA, José A., “Los acuerdos marco internacionales...”, *op. cit.*, p. 169. Sin embargo, esta descripción no pondera aquellas materias en las que los Acuerdos Marco Globales puedan entrar en contradicción con normas o convenios colectivos de eficacia general en cada Estado. Por ejemplo, aquellos Estados en los que no se permite o se dificulta la libertad sindical o la organización de los trabajadores, las empresas transnacionales no podrán vulnerar estas limitaciones con base en un Acuerdo. Las mismas precisiones sirven también para los códigos éticos unilaterales.

¹²⁶¹ Se ha descrito que los Acuerdos Marco Globales, en este sentido, son una especie de condición más beneficiosa acordada colectivamente, *vid.* SOLER ARREBOLA, José A., “Los acuerdos marco internacionales...”, *op. cit.*, p. 169.

¹²⁶² Los códigos de conducta no son incompatibles con los Acuerdos Marco Globales, MILLER, Doug, “La política de la FITTVC...”, *op. cit.*, p. 217.

sustituir al anterior código ético o coexistir junto a él. También es posible encontrar empresas que recorren el camino en dirección inversa. Tras la aprobación de un Acuerdo Marco Global, la dirección se compromete a aprobar un código ético que desarrolle alguna parte concreta del acuerdo con las organizaciones sindicales o a mantener vigente un código unilateral preexistente.

También plantea interrogantes la relación de los Acuerdos Marco Globales entre sí. Puede ocurrir que una determinada empresa matriz transnacional desarrolle su actividad en varios sectores, ello motivará que la sociedad pueda suscribir acuerdos con varias federaciones sindicales internacionales¹²⁶³. Dos posibles soluciones pueden valorarse. En primer lugar, que el sector productivo de las empresas del grupo esté perfectamente delimitado, en este caso lo más acertado sería aplicar el código ético que corresponda al sector de producción de cada sociedad. En segundo lugar, que las empresas del grupo desarrollen diferentes tareas y no sea posible establecer una diferencia, aunque formalmente ambos instrumentos estarán en vigor, debería aplicarse el acuerdo que mejor proteja los derechos de los trabajadores. No obstante, este análisis deberá realizarse caso por caso, pues al contener los Acuerdos Marco Globales una pluralidad de normas, algunas podrán ser más beneficiosas en uno de los acuerdos y otras realidades en otro.

En cualquier caso, la descoordinación en estos instrumentos no es en absoluto recomendable pues contribuye a reducir el impacto positivo que la responsabilidad social corporativa pueda tener sobre los derechos de los trabajadores. Por tanto, las federaciones sindicales internacionales deberían coordinar sus esfuerzos y potenciar acuerdos conjuntos en grandes conglomerados empresariales transnacionales para garantizar la correcta extensión del ámbito objetivo de los Acuerdos Marco Globales. Además, si se tiene en cuenta el gran espectro que cubren las federaciones internacionales, mucho más amplio que el abarcado tradicionalmente por las federaciones sindicales en nuestro país¹²⁶⁴, los posibles supuestos de co-negociación

¹²⁶³ Esta situación se produce, por ejemplo, en el grupo Inditex, que suscribió un Acuerdo Marco Global con la Federación internacional UNI Global Union (Federación internacional de Servicios) el 2 de octubre de 2009 y otro con la Federación IndustriALL (Federación internacional de Industria) el 8 de julio de 2014, que renueva un acuerdo anterior de mayo de 2012. Esta competencia simultánea de varias federaciones internacionales a lo largo de la cadena de producción de una empresa transnacional es particularmente intensa en las empresas textiles, cuya actividad suele desarrollarse a través de varios sectores. Por ejemplo, las materias primas serían competencia de la IUF, la manufactura de los tejidos sería competencia de IndustriALL, el comercio minorista de UNIGlobal y la logística de los productos, si no es una actividad subcontratada por la empresa, entraría dentro de las competencias de la ITF, el ejemplo corresponde a MILLER, Doug, “La política de la FITTVC...”, *op. cit.*, p. 205. No obstante, ha sido actualizado al reparto actual de competencias entre las diferentes Federaciones sindicales internacionales existentes en la actualidad. Sobre los Acuerdos multisectoriales, *vid. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José, “Los sujetos protagonistas de los acuerdos...”, op. cit.*, p. 16.

¹²⁶⁴ Fruto de la disminución de recursos económicos que sufren los sindicatos en nuestro país, las centrales sindicales más representativas, UGT y CCOO, han iniciado una concentración de las tradicionales federaciones en las que estaban organizados. Por ejemplo, UGT reducirá en el año 2016 el número de federaciones que componen el sindicato: una de servicios públicos (en la que se integraría la actual Federación de Servicios

deberían ser mínimos, porque en principio casi todas las empresas desarrollan sus servicios en un mismo sector o en sectores muy parecidos, de tal suerte que su interlocutor debería ser una sola federación internacional.

Igualmente problemática es la interrelación de los instrumentos de responsabilidad social corporativa en su dimensión externa, es decir los códigos éticos y los Acuerdos Marco Globales cuando afecten a sujetos que puedan verse afectados por las acciones de la empresa. En este caso, la dificultad se plantea porque las empresas proveedoras y contratistas pueden prestar sus servicios para varias empresas transnacionales. Por tanto, es posible la existencia de empresas suministradoras que puedan estar vinculadas por varios códigos éticos y Acuerdos Marco Globales de diferentes empresas transnacionales¹²⁶⁵. Dos tipos de conflictos pueden producirse en este entorno.

En primer lugar, puede existir una contradicción entre el contenido sustantivo de los instrumentos de responsabilidad social corporativa pues los distintos códigos éticos y los Acuerdos Marco Globales pueden contener un diferente abanico de derechos, regulados con distinta intensidad. Nuevamente, el criterio de la norma más favorable para los trabajadores es el que debe regir la actuación de las empresas secundarias. Deberán respetar aquel estándar más exigente y que más proteja los derechos de sus trabajadores, pues cumpliendo las normas más severas, se encuentren en el instrumento que se encuentren, estarán cumpliendo también aquellos catálogos menos rígidos.

En segundo lugar, más compleja es la contradicción en los mecanismos de control de estos instrumentos¹²⁶⁶. Puede ocurrir que una empresa se vea obligada a cumplir

Públicos y Federación de Enseñanza); otra de servicios privados (en la que estará la Federación de Transporte y Comercio y la de Servicios); y una tercera en la que se agruparán los sectores industriales (metal, química, manufacturas, agroalimentación, madera) y la construcción, que integrarían la actual Federación de Industria y Federación de Industria y Trabajadores Agrarios. Por su parte, CCOO redujo en el año 2014 de 11 a 8 el número de federaciones, tras el proceso el sindicato confederal está compuesto por: la Federación Agroalimentaria; la de Construcción y Servicios, que aúna las anteriores Federaciones de Servicios Privados y de Construcción; la de Enseñanza; la de Industria, que aglutina a las antiguas Federaciones de Industria y de Química; la de Pensionistas y Jubilados; la de Servicios a la Ciudadanía; y la de Servicios, que unió la Federación de Comercio y Hostelería con la de Banca.

¹²⁶⁵ Imagínese el caso de una empresa que elabora paneles de cristal de distintas dimensiones. La empresa puede suministrar su producto a varias compañías de fabricación de teléfonos móviles, pero también a empresas que produzcan ordenadores u otros productos electrónicos con paneles de vidrio. Por tanto, la empresa podrá estar vinculada por el código ético externo o el Acuerdo Marco Global externo de cada de esas compañías a las que la empresa suministra de forma simultánea sus productos. Real es el supuesto de la fábrica de Triumph en Tailandia que, aunque se dedicaba fundamentalmente a la fabricación de sus propios productos, ocasionalmente cooperaba con empresas transnacionales que exigían el respeto a ciertas normas de responsabilidad social corporativa. Por ello la fábrica divulgaba en la entrada al centro de trabajo: su propio instrumento de responsabilidad social corporativa, la norma SA 8000 y la Adidas Standards of Engagement, MILLER, Doug, “La política de la FITTV...”, *op. cit.*, p. 217.

¹²⁶⁶ Los mecanismos de control de la responsabilidad social corporativa se analizan con mayor detalle en el apartado Capítulo 1.III.6.

compromisos reiterativos o que se anulen mutuamente fruto de los mecanismos de responsabilidad social corporativa de sus clientes. En este caso, la solución no es tan clara.

Si la empresa suministra una pluralidad de materias o servicios a varias empresas transnacionales desde centros de trabajo diferentes, podría optar por aplicar el código ético de cada empresa al centro de trabajo encargado en exclusiva de esa empresa transnacional. Sin embargo, esta opción no siempre será factible porque lo habitual será que las empresas suministren el mismo producto de una misma cadena de montaje a varias compañías.

Si la empresa no puede dividir la aplicación de la responsabilidad social corporativa de sus clientes entre sus centros de trabajo, se verá obligada a cumplir las prescripciones en su conjunto. En este caso, por ejemplo, cumpliendo el deber de información a los trabajadores se puede ver forzada a reproducir las normas de varios instrumentos en la puerta del centro de trabajo, obligación habitual en la responsabilidad social corporativa de las empresas transnacionales; o a facilitar varios números de teléfonos o correos electrónicos a sus trabajadores para que puedan denunciar los posibles incumplimientos en función de los diferentes instrumentos que la vinculan. Este exceso de información en lugar de beneficiar a los trabajadores puede producir una desinformación, máxime cuando se trata de instrumentos no coordinados, provocando que ante un exceso de información no coordinada los trabajadores no conozcan cuáles son sus derechos reales y ante que órgano pueden reivindicarlos.

Similares problemas plantean las posibles inspecciones de auditores, otro interesante mecanismo de control. En este caso, si una compañía está sometida por varias instrumentos de diferentes empresas transnacionales que imponen este requisito, puede ocurrir que la empresa secundaria sufra un incremento de sus costes al sufrir continuas interrupciones, en aquellos casos más extremos en los que la empresa secundaria esté obligada a soportar la visita de inspectores de muchos instrumentos de responsabilidad social corporativa. Ese aumento de costes llevará a buen seguro a tratar de falsear la visión de los inspectores o a prescindir de determinados proyectos. Por tanto, en supuestos como los descritos la acumulación de obligaciones puede perjudicar la eficacia global de todos los instrumentos de responsabilidad social corporativa.

Las federaciones internacionales deberían tratar de identificar estos conflictos entre las herramientas de responsabilidad social corporativa en su dimensión externa y corregirlos tratando de impulsar una negociación por sectores y Estados en lugar de negociaciones por empresas. Esa sería la fórmula más efectiva de garantizar la correcta defensa de los derechos de los trabajadores de esas empresas secundarias. Una solución menos eficaz, pero más realista, llevaría a las federaciones

internacionales a coordinarse entre ellas para garantizar que las posibles coincidencias y reiteraciones no pongan en peligro la eficacia de los objetivos que persigue la responsabilidad social corporativa ¹²⁶⁷.

La coordinación de los códigos éticos externos dependerá en cualquier caso de la buena voluntad de las empresas transnacionales, que no tienen porque conocer las herramientas de otras empresas ni preocuparse por coordinar sus herramientas de responsabilidad social corporativa. En este sentido, sería aconsejable que los Estados o las organizaciones internacionales elaboraran recomendaciones para coordinar la responsabilidad social corporativa externa, pues esta cada vez tendrá mayor importancia en el mercado global.

6. Control de los instrumentos de Responsabilidad Social Corporativa

Sin duda, la mejor manera de que la responsabilidad social corporativa tenga credibilidad es dotarla de mecanismos independientes para controlar su aplicación ¹²⁶⁸. No obstante, no todos los instrumentos de responsabilidad social corporativa cuentan con mecanismos de control y cuando lo hacen no siempre son suficientemente efectivos porque, por ejemplo, no es sencillo determinar cuál es la mejor fórmula para garantizar que estos sistemas de supervisión sean correctamente ejecutados en cada empresa, pues los medios de control son variados –entre otros a través de controles internos coordinados por órganos de las propias empresas, o sujetos externos, como ONG o auditores externos– y todos tienen beneficios y perjuicios.

Los convenios de referencia, por ejemplo, suelen conformarse con establecer recomendaciones periódicas para el mejor cumplimiento de sus normas y suelen incorporar la elaboración de informes o memorias anuales como mecanismos de control.

Son excepcionales los códigos éticos que han incorporado mecanismos para realizar un seguimiento de su aplicabilidad ¹²⁶⁹, a pesar de que su aprobación sin mecanismos

¹²⁶⁷ Ante los supuestos en los varias corporaciones internaciones comparten algún proveedor, algunas federaciones internacionales como FITTVC, hoy IndustriALL, optaron por abandonar el desarrollo de estrategias sindicales de manera horizontal a lo largo de la cadena de producción de cada empresa transnacional, para coordinar sus esfuerzos en el centro productivo del proveedor compartido MILLER, Doug, “La política de la FITTVC...”, *op. cit.*, p. 214.

¹²⁶⁸ En este sentido, JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, Juan Carlos, *La responsabilidad social...*, *op. cit.*, p. 74. Aunque el autor se refiere a los códigos éticos y siendo cierto que estos son instrumentos son los que mayores necesidades tienen de legitimar su posición, lo cierto es que la afirmación puede ser extendida a todas las herramientas de responsabilidad social corporativa. En este sentido, también se ha señalado que solo puede hablarse de una gestión socialmente responsable de la cadena de suministro cuando efectivamente esta es real y, en consecuencia, existen mecanismos que controlan y vigilan que así sea GALA DURÁN, Carolina, “La gestión socialmente responsable...”, *op. cit.*, p. 1226.

¹²⁶⁹ MERINO SEGOVIA, Amparo y RENTERO JOVER, Antonio, “Fórmulas atípicas de regulación...” *op. cit.*, p. 289.

de control de su cumplimiento reduce drásticamente la utilidad y eficacia de estos instrumentos internacionales. Además, en caso de contemplar mecanismos de control, estos suelen estar ejecutados por departamentos internos de la empresa o por asesores externos contratados y dependientes de la propia empresa, lo que también redundaría en una pérdida de su eficacia.

Finalmente, son los Acuerdos Marco Globales los que sí suelen incorporar mecanismos de verificación y control en el propio articulado de los acuerdos, lo que constituye una de sus señas de identidad más características, como ya hemos adelantado. Sin embargo, las medidas correctoras no siempre están correctamente desarrolladas en los textos y pueden degradar la efectividad de los acuerdos¹²⁷⁰. Los mecanismos de control suelen estar protagonizados por procedimientos o estructuras mixtas, entre empresa y organizaciones sindicales, para analizar la evolución de los acuerdos suscritos¹²⁷¹.

Además, es habitual que los Acuerdos Marco Globales incorporen previsiones para hacer efectivo el contenido del acuerdo entre los proveedores y suministradores de la compañía. Algunas veces de forma muy tímida, animándoles a respetar el contenido del acuerdo, en otras ocasiones de forma imperativa, por ejemplo vinculando a la aceptación del contenido por parte de los proveedores para iniciar relaciones comerciales o castigando los posibles incumplimientos con la extinción de la relación mercantil que vincula a ambas partes¹²⁷².

De la sucinta descripción de los mecanismos de control usados habitualmente por cada tipo de responsabilidad social corporativa puede inferirse que existen siete tipos básicos de tipos de control: información y publicidad, intervención de los poderes públicos, intervención de los trabajadores o de sus representantes, mecanismo internos, mecanismos externos, mecanismos contractuales y otros mecanismos alternativos. Veamos cada uno de estos.

a. La información y publicidad como vía para garantizar la Responsabilidad Social Corporativa

Es notorio y lógico que uno de los sistemas de control interno más esenciales para garantizar la eficacia de un instrumento de responsabilidad social corporativa sea el de la publicidad del contenido del mismo entre sus destinatarios¹²⁷³. Difícilmente

¹²⁷⁰ SOLER ARREBOLA, José A., “Los acuerdos marco internacionales...”, *op. cit.*, p. 165.

¹²⁷¹ JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, Juan Carlos, *La responsabilidad social...*, *op. cit.*, p. 115.

¹²⁷² FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José, “Los sujetos protagonistas de los acuerdos...”, *op. cit.*, pp. 11-13. Más extensamente, SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “Los alcances de la responsabilidad social...”, *op. cit.*, pp. 505-511.

¹²⁷³ SOBZAK, André, “Aspectos legales de los acuerdos...”, *op. cit.*, p. 157. En este sentido, se ha afirmado que “uno de los mayores hándicaps a la hora de permitir que la sociedad pueda conocer y valorar la política de

podrá ser respetado por los destinatarios o invocado por los trabajadores en la defensa de sus derechos si estos colectivos no tienen conocimiento de la existencia de un acuerdo de responsabilidad social corporativa o de su contenido¹²⁷⁴.

Sin embargo, a pesar de la esencialidad de este requisito parece que las compañías no prestan la atención que deberían a la publicidad de los mismos¹²⁷⁵.

Las empresas suelen recurrir a difundir el contenido de los acuerdos de responsabilidad social corporativa a través de la exposición de copias de los mismos en las entradas de los centros de trabajo, esta medida es especialmente habitual en las empresas que pretenden proyectar su responsabilidad social corporativa sobre proveedores localizados en Estados en vías de desarrollo. También es sumamente frecuente que las empresas divulguen sus compromisos éticos a través de sus páginas web oficiales, notas de prensa e incluso enviando una copia de los mismos al correo electrónico de sus trabajadores.

No obstante, quizá el mecanismo de control más efectivo para favorecer el cumplimiento de la responsabilidad social corporativa sea difundiendo su contenido entre los destinatarios del mismo a través de los representantes de los trabajadores, por su carácter negociado, este suele ser uno de los medios más usados y característicos de los Acuerdos Marco Globales. Ello permite que los propios representantes canalicen de forma más sencilla las reivindicaciones y quejas de los trabajadores, que los verán como el referente al que acudir en caso de problemas.

Encomendar a los representantes de los trabajadores la publicidad de los instrumentos de responsabilidad social corporativa puede parecer una obligación de fácil cumplimiento y ciertamente lo es en Estados que respeten la libertad sindical, pero plantea graves obstáculos en aquellos países que no lo hacen. La ausencia de representantes de los trabajadores nacionales o su existencia, pero sin la protección y

responsabilidad social corporativa de una empresa es la heterogeneidad de las informaciones emitidas”, TASCÓN LÓPEZ Rodrigo, “Reflexiones sobre la naturaleza jurídica...”, *op. cit.*, p. 1032. En la misma línea, se ha afirmado que hay dos condiciones previas necesarias para la aplicación exitosa de un Acuerdo Marco Global, aunque la reflexión puede ser extrapolable al resto de instrumentos de responsabilidad social corporativa: en primer lugar, la traducción de la herramienta de responsabilidad social corporativa a todos los idiomas relevantes de la empresa; En segundo lugar, la garantía de que todos los empleados de la empresa son informados del contenido de dicho instrumento, lo que a su vez exige el cumplimiento de la primera causa, PLATZER, Hans-Wolfgang y RÜN, Stefan, Los Acuerdos Marco Internacionales..., *op. cit.*, p. 11. La difusión debe alcanzar necesariamente a todos los destinatarios del instrumento de responsabilidad social corporativa, incluidas las empresas subcontratistas y proveedoras, ALMENDROS GONZÁLEZ, Miguel Ángel, “La eficacia de los Acuerdos...”, *op. cit.*, p. 553.

¹²⁷⁴ MERINO SEGOVIA, Amparo y RENTERO JOVER, Antonio, “Fórmulas atípicas de regulación...” *op. cit.*, p. 290.

¹²⁷⁵ Los códigos éticos no suelen prestar atención a su publicidad, de hecho son muy excepcionales los códigos que incorporan medidas concretas para ayudar a garantizar la correcta difusión de su contenido. En este sentido, por ejemplo, el código ético de Mango prevé que una versión del código en inglés y en la lengua local deberá estar expuesta en las principales entradas y salidas de los centros de trabajo del personal, *vid.* SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “Códigos de conducta...”, *op. cit.*, p. 223.

formación necesaria, impide la correcta transmisión de información y el control de la efectividad del acuerdo.

El vacío de representes nacionales no puede ser cubierto de forma satisfactoria por las organizaciones internacionales de trabajadores, porque la tarea de difusión será más efectiva si es ejecutada directamente por representantes nacionales y no por organizaciones globales. Los representantes nativos, acostumbrados a la organización de la empresa, son los que verdaderamente conocen la manera de acceder al conjunto de los trabajadores de su Estado y garantizar el completo conocimiento por parte de los mismos. De ahí que se haya llegado a señalar que la existencia de representación es un requisito necesario para la vigencia de los Acuerdos Marco Globales y, a la vez, un objetivo a alcanzar por estos instrumentos internacionales¹²⁷⁶.

Además de la difusión de los compromisos éticos asumidos por las empresas transnacionales, el control de la responsabilidad social corporativa también se puede desarrollar a través de la publicidad periódica de los posibles incumplimientos o logros de esos compromisos éticos¹²⁷⁷.

Quizá una de las iniciativas internacionales que han facilitado de manera notable la estandarización de la difusión de la información sobre la evolución y desarrollo de la responsabilidad social corporativa de las compañías transnacionales ha sido la iniciativa *Global Reporting Initiative* (GRI). La GRI es organización internacional independiente que ayuda a las empresas, gobiernos y otras organizaciones a entender y comunicar el impacto de sus compromisos éticos. La GRI ha desarrollado un modelo de memoria de sostenibilidad para que las empresas puedan presentar sus resultados ante la sociedad. El modelo de informe, en definitiva, viene a facilitar la difusión de información sobre la responsabilidad social corporativa y el reporte de los logros conseguidos. Es decir, permite pasar de las palabras/compromisos a los hechos/derechos¹²⁷⁸.

La propuesta de la GRI ha tenido cierto éxito entre las compañías transnacionales¹²⁷⁹, que, quizá, acostumbradas a las normas técnicas de la OEI, ven en el modelo de

¹²⁷⁶ BAYLOS, GRAU, Antonio, “Un instrumento de regulación...”, *op. cit.*, p. 120.

¹²⁷⁷ Las memorias de sostenibilidad deben comprender la medición, divulgación y rendición de cuentas frente a grupos de interés internos y externos, JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, Juan Carlos, *La responsabilidad social...*, *op. cit.*, p. 66.

¹²⁷⁸ La responsabilidad social corporativa, como normativa voluntaria, es muy vulnerable a los fallos del mercado (la información imperfecta que facilita la presencia de los códigos éticos; las externalidades negativas que generan unos costes que no deben soportar las compañías que no incorporan compromisos éticos; y la existencia de empresas que se benefician de los esfuerzos de otras), todo ello ha generado un movimiento pro *accountability* corporativa, *vid.* DOMÍNGUEZ MARTÍN, Rafael, “La dimensión internacional...”, *op. cit.*, p. 31.

¹²⁷⁹ El modelo de informe de la GRI ha sido usado por multitud de empresas de distintos sectores, provenientes de multitud de Estados. Sin ánimo de ser exhaustivos pueden citarse las siguientes: Inditex, BBVA, Iberdrola, Endesa, The Coca-Cola Company, PepsiCo Inc., H & M, Hennes & Mauritz AB, Nike Inc., Mango MNG

informe de la GRI una fórmula sencilla de dar cumplida cuenta de sus avances en responsabilidad social corporativa¹²⁸⁰.

b. La intervención de los poderes públicos

La incorporación de mecanismos de responsabilidad social corporativa por parte de las empresas transnacionales es una manifestación voluntaria y unilateral de su disposición a incorporar compromisos éticos a su gestión. Por tanto, la injerencia de los poderes públicos para obligar a su aprobación no parece una iniciativa aceptable¹²⁸¹, al menos mientras continúen siendo iniciativas cuya adopción no venga impuesta por ninguna norma legal, convencional o por la costumbre.

No obstante, se ha sugerido que la intervención de los poderes públicos sí sería acertada una vez incorporado de forma unilateral el compromiso ético por la empresa¹²⁸². Es decir, una vez que la empresa se hubiera dotado de un compromiso ético en su gestión, de forma voluntaria o negociada con los representantes de los trabajadores, parece acertado y necesario que los ordenamientos nacionales prevean mecanismos para hacer cumplir esa voluntad de las organizaciones empresariales¹²⁸³. Es decir, que los ordenamientos garanticen que las sociedades no vulneran sus propios compromisos asumidos libremente, que no vayan contra sus propios actos.

La solución, sin embargo, adolece de inconvenientes. No puede soslayarse que las empresas han incorporado la responsabilidad social corporativa a su práctica

Holding, S.L.U., BMW AG, PSA Peugeot Citroen, Renault SAS, Nissan Motor Co. Ltd., Bayer AG, Hewlett-Packard Company, Cisco Systems, Nokia Corporation, Toshiba Corporation, Indra, Microsoft Corporation o LG Electronics, Inc.

¹²⁸⁰ La GRI ha mejorando su propuesta de informe. En la actualidad está vigente la cuarta versión del informe G4 GRI. El modelo de informe GRI4 facilita a las empresas proporcionar la información exigida por el Pacto Mundial y por la ISO 26000, al aunar en un mismo informe los principios derivados de los dos instrumentos.

¹²⁸¹ También es legítimo y habitual que los poderes públicos fomenten la incorporación de compromisos éticos a la gestión empresarial. En nuestro país, por ejemplo, puede citarse el Real Decreto 404/2010, de 31 de marzo, (BOE núm. 79, de 01 de abril de 2010) por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral.

¹²⁸² TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *Aspectos jurídico-laborales...*, *op. cit.*, p. 51.

¹²⁸³ Es decir, “una cosa es que su adopción sea voluntaria y otra cosa es que una vez asumida y publicitada, estos principios no vinculen en absoluto a la empresa”, CALVO GALLEGÓ, Francisco Javier, *Códigos éticos y derecho...*, *op. cit.*, p. 63; o que “parece también necesario que sea el poder público quien defina conceptos y modos de actuación, impulse el papel de los distintos interlocutores sociales e introduzca mecanismos de control y certificación que sean sencillos y permitan obtener una información bien estructurada” TASCÓN LÓPEZ Rodrigo, “Reflexiones sobre la naturaleza jurídica...”, *op. cit.*, p. 1032. No obstante, también parece legítima la intervención de los poderes públicos para fomentar la adopción de instrumentos de responsabilidad social corporativa o determinadas cláusulas en estas herramientas, CALVO GALLEGÓ, Francisco Javier, “Responsabilidad social...”, *op. cit.*, p. 1087. De hecho, es habitual, al menos en nuestro país, la inclusión en los contratos públicos de cláusulas sociales destinadas a fomentar, más allá de la letra de la ley, la consecución por parte de las empresas objetivos como el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado de trabajo GALA DURÁN, Carolina, “La gestión socialmente responsable...”, *op. cit.*, p. 1206.

cotidiana precisamente por su carácter de derecho no vinculante¹²⁸⁴. De hecho, es habitual que las empresas manifiesten expresamente en los Acuerdos Marco Globales o en los códigos éticos que dichos compromisos son voluntarios y no generan derechos en terceros. Incluso los efectos entre sus destinatarios directos, los trabajadores, se suelen limitar a los mecanismos previstos expresamente en los propios instrumentos. Por tanto, forzar mecanismos de *hard law* probablemente llevaría a las empresas a reducir la responsabilidad social corporativa en la gestión de sus actividades.

En cualquier caso, el carácter no vinculante concedido normalmente a las normas de responsabilidad social corporativa, aunque como se verá en la práctica existen algunas vías para derivar consecuencias jurídicas de estos instrumentos, no debe impedir que los poderes públicos aprueben normas para garantizar la calidad y la veracidad de la información que las empresas transnacionales facilitan sobre su responsabilidad social corporativa¹²⁸⁵. En realidad, como cualquier otro tipo información o publicidad que emita una empresa podrá estar controlada por la autoridad pública correspondiente o, al menos, contribuir a su difusión. En este sentido, sería interesante que los Estados crearan registros públicos específicos para difundir los instrumentos de responsabilidad social corporativa, sus actualizaciones y las memorias anuales de seguimiento de los mismos o, en su defecto, que se recogiera la obligación de depositar estas iniciativas en los correspondientes registros mercantiles.

Incluso, dada la transnacionalidad de las empresas, sería adecuado que promoción de la difusión de información viniera impulsada por organizaciones internacionales tales como la OIT o las Naciones Unidas. Así, aquellas empresas que previamente hubieran aceptado voluntariamente desarrollar una gestión ética de su actividad productiva deberían someterse a la estandarización de sus informes corporativos de responsabilidad social. Ello contribuiría a que los ciudadanos recibieran una información veraz y comparable entre las distintas empresas que prestan sus servicios en el mercado global.

Se ha sugerido con acierto que dicha estandarización podría venir a través de la generalización del modelo de informe social GRI 4¹²⁸⁶. Ciertamente el modelo de informe de la *Global Reporting Initiative*, al que ya hemos tenido la oportunidad de

¹²⁸⁴ Esta teoría es también defendida por BANO, Fabrizio y VALENTI, Alberto, “El acuerdo marco global...”, *op. cit.*, p. 194.

¹²⁸⁵ Además de para garantizar la información, se ha propuesto perfeccionar las legislaciones sobre sociedades mercantiles para facilitar mayores posibilidades a la responsabilidad social corporativa, *vid.* RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, José Miguel, MELLE HERNÁNDEZ, Mónica y SASTRE CENTENO, José Manuel, *Gobierno y responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 95.

¹²⁸⁶ TASCÓN LÓPEZ Rodrigo, “Reflexiones sobre la naturaleza jurídica...”, *op. cit.*, p. 1033.

referirnos previamente, es una propuesta rigurosa que da una extensa y detallada información sobre los compromisos asumidos por las empresas y su grado de cumplimiento. Además, el modelo GRI 4 tiene la ventaja de haber sido ya asumido, total o parcialmente, como prototipo por números empresas. Por tanto, su generalización a través de recomendaciones o normas obligatorias de la OIT o de Naciones Unidas no debería despertar ninguna protesta por parte de las empresas.

c. Control por los trabajadores y sus representantes

Otra de las soluciones posibles para garantizar que el control de los compromisos éticos de las empresas transnacionales se realiza de manera independiente y eficaz es disponer los medios y procesos necesarios para que los propios trabajadores o sus representantes puedan controlar, denunciar o combatir la vulneración de los instrumentos éticos asumidos por la empresa¹²⁸⁷. No obstante, este sistema de control se enfrenta a la gran dificultad del contexto cultural. Lo cierto es que la denuncia suele estar mal vista, lo normal es guardar el secreto antes que delatar el incumplimiento¹²⁸⁸.

Excepcionalmente algunos códigos éticos españoles incorporan interesantes mecanismos como, por ejemplo, el derecho de resistencia frente a órdenes que vulneren los derechos recogidos en los códigos o el derecho a la indemnidad frente a las posibles denuncias que los trabajadores puedan interponer¹²⁸⁹. No obstante, la mayoría de los códigos éticos suelen contener declaraciones de derechos muy generales y abstractas que no permiten una fácil reivindicación en la práctica.

Ante el riesgo que los trabajadores no puedan controlar correctamente el desarrollo de los principios éticos en la gestión empresarial o que los empleados sufran algún tipo de represión por su voluntad de defender la eficacia de los compromisos éticos de la empresa, quizá la mejor solución para controlar la responsabilidad social corporativa sea asignar su inspección directamente a los representantes de los trabajadores. Nadie mejor que los propios representantes de los empleados conocerán, estarán más interesados y en mejores condiciones para lograr que se conozcan las posibles irregularidades en el cumplimiento del código¹²⁹⁰. En este sentido, es interesante que algunos instrumentos de responsabilidad social corporativa incorporan expresamente la posibilidad de que los representantes de los

¹²⁸⁷ PLATZER, Hans-Wolfgang y RÜN, Stefan, *Los Acuerdos Marco Internacionales...*, *op. cit.*, p. 12.

¹²⁸⁸ Sobre la connotación peyorativa del delator, calificado habitualmente como “soplón” o “chivato”, *vid.* GOÑI SEIN, José Luis, “Sistemas de denuncia interna de irregularidades («whistleblowing»)” en GOÑI SEIN, José Luis (Dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 328.

¹²⁸⁹ CALVO GALLEGÓ, Francisco Javier, *Códigos éticos y derecho...*, *op. cit.*, p. 29.

¹²⁹⁰ Esta postura es defendida también por SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “Códigos de conducta...”, *op. cit.*, p. 225.

trabajadores accedan a los locales de los proveedores del grupo. Sin duda, este es un mecanismo sumamente efectivo para extender el derecho mínimo del Acuerdo Marco Global.

No obstante, en caso de que no exista representación de los trabajadores institucionalizada en una empresa, los códigos de responsabilidad social corporativa deberían contemplar la creación de una comisión ad hoc para supervisar su aplicación y la extensión a la misma de unas mínimas garantías en el desarrollo de su actuación, para que los miembros de dicha comisión no puedan quedar condicionados por circunstancias ajenas a sus intereses. Por ejemplo, que una empresa proveedora de una compañía transnacional presione a sus trabajadores para que garanticen que en sus centros de trabajo se cumple con los estándares marcados por el código ético, a pesar de ser completamente falso, pero los trabajadores lo deban hacer para evitar su despido o que sus compañeros les culpen de la hipotética resolución del contrato de la empresa principal con su empresa.

Por tanto, la única forma de garantizar la correcta aplicación de los instrumentos de responsabilidad social corporativa sin interferencias sería contar con un órgano mixto, compuesto por trabajadores locales y representantes de las federaciones sindicales internacionales. Este órgano tendría la suficiente información, gracias a los representantes o trabajadores nacionales, y la suficiente fuerza, a través de las organizaciones sindicales internacionales, para fiscalizar adecuadamente las conductas de la empresa.

Dicho órgano podría organizarse sobre la estructura de los Comités de Empresa Mundiales, a los que algunos Acuerdos Marco Globales asignan la tarea de supervisar la aplicación de las normas negociadas de responsabilidad social corporativa ¹²⁹¹, como, por ejemplo, el Acuerdo Marco de PSA Peugeot-Citroën¹²⁹².

A medio camino, entre el exiguo control de los códigos éticos y el órgano propuesto, se sitúa la alternativa que suele incorporarse en los Acuerdos Marco Globales. Estos, de forma generalizada, contemplan la creación de un comité compuesto por

¹²⁹¹ En este sentido, se comienza a detectar una tendencia a crear Comités Mundiales y redes sindicales internacionales para garantizar la representación global de los trabajadores y el control de los instrumentos de responsabilidad social corporativa ALMENDROS GONZÁLEZ, Miguel Ángel, “La eficacia de los Acuerdos...”, *op. cit.*, p. 574-575.

¹²⁹² El Acuerdo Marco Global sobre la responsabilidad social de PSA Peugeot-Citroën, suscrito en mayo 2010, prevé por ejemplo, que la actualización y renovación del Código Ético del Grupo –en principio norma unilateral aprobada por la dirección– debe comunicarse previamente al Comité de Empresa Mundial; el artículo 6.4 contempla que se facilitará al Comité Mundial de forma anual un balance global de las acciones, buenas prácticas y resultados en el ámbito medioambiental. Finalmente, el capítulo 8 prevé que el Comité Mundial del Grupo sea el encargado del seguimiento del Acuerdo Marco Global.

representantes de la dirección empresarial y de las federaciones sindicales¹²⁹³, es usual que en los mismos también estén representados los sindicatos nacionales firmantes. Este comité se reunirá al menos una vez al año para analizar el desarrollo del acuerdo y para analizar los posibles incumplimientos. Llama la atención que en ningún caso se haya aprovechado este órgano internacional para establecer un espacio de negociación internacional permanente, de hecho algunas empresas excluyen esta posibilidad específicamente¹²⁹⁴.

En cualquier caso, la eficacia de este sistema de control requiere obviamente de una correcta información sobre la actividad de la sociedad y sobre los instrumentos ético-laborales que disciplinan las relaciones profesionales en su seno. No obstante, aún más importante, será que las empresas transnacionales reconozcan que los trabajadores no sufrirán ningún tipo de represalia por sus denuncias¹²⁹⁵.

d. Mecanismos de control internos

Las grandes corporaciones suelen recurrir a mecanismos internos, departamentos específicos dentro de su propia estructura a los que asignan la tarea de vigilar el cumplimiento de los instrumentos éticos¹²⁹⁶, para garantizar que sus organizaciones respetan las leyes vigentes y los compromisos éticos adquiridos¹²⁹⁷.

La obvia objeción que cabe expresar respecto de los mecanismos internos es su falta de independencia respecto de la empresa que en teoría tiene que controlar¹²⁹⁸. Sin duda, la dependencia jerárquica de estos órganos internos respecto de la dirección empresarial compromete los resultados que puedan esperarse de ellos, no cabe esperar que actúen con la misma exigencia y rigor que un entidad independiente de la corporación empresarial. Además, la debilidad de los códigos éticos es aún mayor porque no establecen ningún cauce para reivindicar su aplicabilidad, en el mejor de los supuestos, incorporan mecanismos frente a los propios departamentos de responsabilidad social corporativa de las compañías¹²⁹⁹.

¹²⁹³ La mayoría de las Federaciones Sindicales Internacionales potencian la creación de este tipo de órganos como medio para garantizar, al menos, un mínimo control independiente y eficaz PLATZER, Hans-Wolfgang y RÜN, Stefan, *Los Acuerdos Marco Internacionales...*, *op. cit.*, p. 12.

¹²⁹⁴ Es el caso, por ejemplo, del Acuerdo Marco Global del grupo Meliá § 4.5.

¹²⁹⁵ GOÑI SEIN, José Luis, “Sistemas de denuncia interna...”, *op. cit.*, p. 353.

¹²⁹⁶ Los departamentos de *compliance* son los encargados de velar por el cumplimiento de los compromisos éticos aprobados por las empresas, *vid.* UNZURRUNZAGA ITURBE, Alberto, “Regulación interna...”, *op. cit.*, p. 146.

¹²⁹⁷ GARCÍA RODRÍGUEZ, Luis Miguel, “Compliance y recursos humanos: «Dura compliance, sed compliance»”, en REY GUANTER, Salvador del (Dir.), *Multinacionales y globalización de los recursos humanos*, La Ley, Madrid, 2013, p. 166.

¹²⁹⁸ DAUGAREILH, Isabelle, “Responsabilidad social...”, *op. cit.*, p. 93.

¹²⁹⁹ MORATO GARCÍA, Rosa María, “Códigos de comportamiento...”, *op. cit.*, p. 148.

Además, el autocontrol en grandes corporaciones debe enfrentarse también a las dificultades derivadas de la extensión de su cadena de producción. Lo normal es que los grandes grupos transnacionales se organicen, al menos, a través de una persona jurídica por cada Estado en el que tenga presencia la sociedad, aunque tampoco es excepcional que tengan también varias sociedades en cada país para abordar diferentes partes o servicios del proceso productivo. El control de todas estas sociedades por parte del departamento interno de responsabilidad social corporativa de la sociedad matriz principal es una ardua tarea con pocas posibilidades de resultar exitosa.

El examen es todavía más complejo si además los instrumentos pretenden extender sus efectos a sujetos ajenos a las empresas del grupo. En estos casos, los órganos internos de control resultarán improductivos, porque no tendrán competencia ni capacidad de influencia sobre esas empresas ajenas a la estructura del grupo empresarial dominado por la principal.

Quizá la única manera de hacer frente a la amplitud de la cadena de producción de las empresas transnacionales sea descentralizando también el control. La dirección central deberá encomendar a las direcciones locales la tarea de controlar el cumplimiento de la responsabilidad social corporativa en su territorio¹³⁰⁰. Sin embargo, la medida provoca la fragmentación de los órganos de control, lo que a la postre puede terminar por generar una falta de comunicación entre los diferentes órganos de control locales y, en consecuencia, la ineficacia del sistema de supervisión.

Las carencias reseñadas obligan a ser escépticos sobre los efectos y logros de estos métodos¹³⁰¹. En consecuencia, las imperfecciones de este modelo son tan elevadas frente a sus virtudes que en principio parece que no es aconsejable recurrir al mismo.

Sin embargo, los departamentos internos sí pueden cumplir otra de las funciones que regularmente se les asigna, una tarea casi creadora de derecho. En este sentido, es habitual que estos también se encarguen frecuentemente de velar por la correcta aplicación de estas normas internas en su adaptación a la costumbre de cada Estado. Como se ha señalado, las prescripciones de estos códigos suelen ser muy genéricas y abstractas para permitir su aplicabilidad en distintos ordenamientos jurídicos, con distintas normas y tradiciones, ello hace que estos departamentos deban velar para

¹³⁰⁰ La aplicación de este principio de subsidiariedad es propuesta para articular el control de los Acuerdos Marco Globales en PAPADAKIS, Konstantinos, CASALE, Giuseppe y TSOTROUDI, “Acuerdos Marco Internacionales...”, *op. cit.*, p. 105.

¹³⁰¹ MORATO GARCÍA, Rosa María, “Códigos de comportamiento...”, *op. cit.*, p. 149.

que las distintas filiales interpreten el código dentro de unos lógicos márgenes de flexibilización¹³⁰².

Además, estas estructuras internas también se vienen encargando de la elaboración de las memorias anuales de responsabilidad social corporativa, cuando las empresas se han comprometido a difundirlas. Debe recordarse el importante papel que estas memorias tienen en la necesaria publicidad y control de los instrumentos de responsabilidad social corporativa.

Esta ocupación de promocionar, interpretar y velar por la correcta aplicación, que no de control, sí es perfectamente realizable por los departamento internos de las empresas. De hecho, la existencia de los mismos garantiza que al menos formalmente la empresa seguirá respetando las reglas éticas a las que se ha comprometido. Por tanto, si se tienen claras estas limitaciones, el uso de los mecanismos internos puede ser un buen complemento de otros instrumentos de control.

e. Mecanismos de control externos

Ante las deficiencias de los controles internos, algunas compañías han recurrido a los servicios de organizaciones no gubernamentales o de auditores independientes para controlar de forma externa el cumplimiento de los límites éticos que han asumido mediante el oportuno instrumento de responsabilidad social corporativa. Estos controles elaborados por terceros suelen ofrecer varios modos de fiscalizar a la propia empresa, por lo que suelen considerarse como más creíbles que los instrumentos internos¹³⁰³. Sin embargo, este tipo de control también plantea algunos peligros.

En primer lugar, la búsqueda de una mayor credibilidad e independencia de los mecanismos de control de la responsabilidad social corporativa a través de mecanismos externos suele terminar incrementando los costes operativos de las empresas, que son los sujetos que de manera generalizada asumen esos gastos¹³⁰⁴. Esa apreciación en la producción suele situar en una posición de desventaja competitiva a las empresas porque, a buen seguro, tendrán que repercutir a sus clientes el precio de esos servicios independientes de control. Dicha acción provocará que los bienes o servicios que ofrezcan sean menos competitivos que los de sus rivales.

El quebranto será aún mayor si las sociedades que se ven obligadas a externalizar el control de los programas de responsabilidad social corporativa son las empresas

¹³⁰² El departamento debe decidir cuándo una interpretación de la norma ha dejado de ser una lógica flexibilización para pasar a ser un ataque a los valores de la marca, UNZURRUNZAGA ITURBE, Alberto, "Regulación interna...", *op. cit.*, p. 151.

¹³⁰³ DILLER, Janelle, "¿Una conciencia social...", *op. cit.*, p. 134.

¹³⁰⁴ DILLER, Janelle, "¿Una conciencia social...", *op. cit.*, p. 134.

secundarias –proveedores o contratistas– de las empresas transnacionales. Estas sociedades pueden verse obligadas a afrontar la externalización de diferentes programas de control, en caso de estar sometidas a varios instrumentos de responsabilidad social corporativa de distintas empresas principales. Ello provocará un aumento aún mayor de los costes y la desigualdad con las ofertas de servicios o bienes respecto de sus competidores y, por tanto, acrecentando las diferencias entre los productos y servicios de unos y otros.

En segundo lugar, como los supervisores externos dependen de la contratación y de la información suministrada por la empresa, en muy raras ocasiones estas organizaciones tienen la capacidad, la infraestructura o la competencia necesarias como para poder controlar sin el auxilio de las empresas supervisadas¹³⁰⁵. En este sentido, estas empresas suelen elaborar sus informes realizando un número limitado de visitas al año por un periodo de días también limitado en cada ocasión, ello hace que el auditor pueda no hacerse una idea correcta del cumplimiento o incumplimiento del instrumento de responsabilidad social corporativa de los centros visitados.

Asimismo, la imparcialidad de los controles de los evaluadores externos también puede quedar viciada por el origen de los datos que manejan los auditores. Los testimonios con los que los auditores elaboran sus informes suelen ser reportados por la propia compañía, que pueden tener el sesgo que la empresa les haya querido dar y, por tanto, el resultado del análisis del auditor se ve comprometido, no tanto por su labor, sino por las datos que les sirve para analizar la realidad¹³⁰⁶.

En tercer lugar, aunque en apariencia los evaluadores externos son más independientes que los departamentos internos, se plantean igualmente recelos sobre su autonomía. Las compañías encargadas de auditar el cumplimiento de los acuerdos suelen tener una posición de subordinación respecto de las empresas transnacionales que las contratan porque muchas veces son su principal o único cliente. Obviamente, la dependencia económica también puede poner en cuestión la imparcialidad de los auditores, porque quizá no quieran resaltar o destapar incumplimientos de un cliente que les reporte cuantiosos ingresos.

Estos problemas, en definitiva, evidencian que se corre el riesgo de que el órgano o mecanismo de control previsto en el código se convierta a su vez en un mero argumento para mejorar la imagen de la compañía, que podrá argüir que el código de conducta está monitorizado por un organismo independiente, pero en la práctica sin ninguna virtualidad real.

¹³⁰⁵ PLATZER, Hans-Wolfgang y RÜN, Stefan, Los Acuerdos Marco Internacionales..., *op. cit.*, p. 12.

¹³⁰⁶ MERINO SEGOVIA, Amparo y RENTERO JOVER, Antonio, “Fórmulas atípicas de regulación...” *op. cit.*, p. 292.

f. La contractualización del control: la vigilancia de la cadena de producción

Incorporar las cláusulas de responsabilidad social corporativa a un contrato entre empresas principales y proveedores/filiales permite superar la objeción que pusimos de manifiesto cuando abordamos el análisis de la responsabilidad social corporativa externa, es decir, la dificultad de extender los efectos de los instrumentos éticos a sociedades que no han participado en su elaboración.

Ciertamente, el respeto de empresas proveedores/filiales puede venir motivado por su pertenencia a una empresa por dominación o por coordinación, como adelantamos entonces. No obstante, tanto en caso de pertenencia a un grupo transnacional como en aquellos supuestos en los que los proveedores sean efectivamente empresas independientes, la articulación jurídica de este respeto a las directrices ético-laborales marcadas por la empresa principal es habitual que se articulen a partir de un contrato con la empresa proveedora/filial, en el que se incluya expresamente o por remisión el contenido del instrumento ético.

El respeto de las cláusulas del código se puede realizar esencialmente de dos formas. En primer lugar, obligando a aceptar el programa de responsabilidad social corporativa de la empresa principal a las secundarias, bien sea incorporando una cláusula al contrato que remita al código o bien anexando su contenido al propio contrato¹³⁰⁷. En segundo lugar, el sometimiento de las empresas secundarias a la responsabilidad social corporativa de la empresa principal puede lograrse también a través de la imposición de sanciones o recompensas. Por ejemplo, incorporando en el propio acuerdo que aquellas empresas que respeten las prescripciones de responsabilidad social corporativa de la empresa principal tendrán prioridad para mantener relaciones comerciales con la misma o comprometiéndose la empresa transnacional a rescindir la relación mercantil con cualquier empresa que no respete los principios éticos que rigen su actuación.

Si el contenido de la responsabilidad social corporativa se incorporó al contrato mercantil, entre empresa principal y empresas suministradoras, está claro que el incumplimiento del mismo supondrá un incumplimiento del contrato mercantil que vincula a las compañías, lo que a su vez podrá incluso motivar la resolución del contrato¹³⁰⁸. Ahora bien, para que se produzca tan extrema consecuencia será necesario que la remisión sea explícita respecto del instrumento que se pretende

¹³⁰⁷ Esta es la opción escogida, por ejemplo, por el grupo Repsol, *vid.* ALMENDROS GONZÁLEZ, Miguel Ángel, “El sistema de gestión y control...”, *op. cit.*, p. 168.

¹³⁰⁸ En similares términos, GALA DURÁN, Carolina, “La gestión socialmente responsable...”, *op. cit.*, p. 1217.

aplicar, de lo contrario no cabrá extinguir la relación entre las partes¹³⁰⁹. Además, para que este medio de control sea efectivo, será necesario que la responsabilidad social corporativa de la empresa principal incluya prescripciones concretas que sean susceptibles de ser vulneradas por la conducta de las empresas secundarias, si el texto recoge principios generales y abstractos, muy difícilmente podrá ser vulnerado por las empresas secundarias, en consecuencia, no será posible la extinción del contrato mercantil entre las partes.

En segundo lugar, para disuadir de su incumplimiento, los instrumentos de responsabilidad social corporativa suelen contemplar la extinción o suspensión del contrato mercantil entre la empresa principal y las empresas secundarias. Este sistema sin duda puede ser muy efectivo si se aplica de forma rigurosa por la empresa principal y no se consienten incumplimientos por parte de las empresas proveedoras/filiales. No obstante, puede tener el efecto perverso de perjudicar aún más a los trabajadores que se quiere proteger¹³¹⁰, que además de ver cómo su empresa no respeta el código ético impuesto por la empresa transnacional sufrirán la consecuencia de que su empresa vea resuelto el contrato que la vinculaba con la compañía principal.

Para minimizar ese efecto perverso, sin minimizar la efectividad del mecanismo sancionatorio, es recomendable que los instrumentos éticos incorporen un catálogo sancionatorio proporcional. Incluso puede ser una buena idea incorporar mecanismos de avisos o amonestaciones por escrito previas a la extinción o suspensión que, solo en caso de no ser corregidas por la empresa secundaria/proveedora en los plazos señalados por el propio mecanismo de responsabilidad social corporativa, dará lugar a la extinción o suspensión de las relaciones comerciales entre las empresas. Además, las amonestaciones previas deberían ser comunicadas a los trabajadores y sus representantes, para que puedan en todo momento controlar la puesta en marcha de medidas para corregir la advertencia de la empresa principal.

Distinto resultado se derivará de aquellos mecanismos de responsabilidad social corporativa que hayan optado por disponer que las empresas principales no mantendrían ninguna relación con empresas secundarias que no respetaran el código ético, pero que no incorporan dicha previsión en los contratos mercantiles con las empresas secundarias. Se ha considerado que este tipo de cláusulas recogidas en los instrumentos de responsabilidad social corporativa pueden ser consideradas como

¹³⁰⁹ Por ejemplo, no sería una remisión clara que el contrato entre las partes únicamente contemplara que la empresa secundaria deberá respetar los principios éticos de la empresa principal. BUSCAR SENTENCIAS, SERÍA INTERESANTE... *

¹³¹⁰ Se ha referido a este efecto perverso como “efecto carambola” SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “Códigos de conducta...”, *op. cit.*, p. 228. También DAUGAREILH, Isabelle, “Responsabilidad social...”, *op. cit.*, p. 94.

una condición resolutoria implícita de los contratos mercantiles celebrados con las empresas colaboradoras, pero solo cuando exista alguna cláusula en el contrato mercantil que remita al instrumento de responsabilidad social corporativa¹³¹¹. Es decir, que cuando no exista esa remisión en el contrato mercantil, las cláusulas de los instrumentos de responsabilidad social corporativa solo podrán ser consideradas como un compromiso de proceder a la adopción de las medidas descritas, pero no vinculante para sus socios comerciales¹³¹².

En caso contrario, si no se ha incorporado ninguna remisión a la responsabilidad social corporativa de la empresa principal en el contrato mercantil, se podrá entender que el código expresa el compromiso unilateral de la compañía transnacional de proceder a la adopción de dichas medidas, no vinculantes para los colaboradores de la compañía¹³¹³. Por tanto, la extinción del contrato mercantil unilateral a iniciativa de la empresa principal podría dar lugar a la interposición de acciones por daños y perjuicios causados por dicha rescisión, por parte de las empresa secundaria que incumplidora de los principios éticos de la principal. Ello en caso de que la empresa principal opte por cumplir el compromiso ético que había expresado de no mantener relaciones comerciales con empresas que no cumplieran su estándar ético, pero qué sucedería si la empresa principal no cumple su promesa y no opta por resolver la relación. En ese caso, nos encontraríamos ante el problema de determinar si el compromiso de la empresa es eficaz y si, por tanto, los representantes de los trabajadores o los propios trabajadores pueden exigir a la empresa principal que lo cumpla.

En cualquier caso, opten por la opción que opten las compañías transnacionales para facilitar el cumplimiento de sus códigos éticos, parece difícil no reconocer que estos instrumentos tienen algunos efectos jurídicos vinculantes y, por tanto, no serían en puridad un ejemplo de soft law¹³¹⁴.

Finalmente, debe destacarse que el control contractual de la responsabilidad social corporativa debe ir acompañado de otros instrumentos para poder verificar que efectivamente las empresas secundarias están cumpliendo con los instrumentos de responsabilidad social corporativa de la empresa principal. Así en algunas ocasiones se reclamará información periódica a las empresas secundarias, se realizarán entrevistas, se solicitará una autoevaluación de las empresas secundarias, se visitarán sus instalaciones, incluso se podrán llegar a celebrar auditorías internas, por la propia

¹³¹¹ Así TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *Aspectos jurídico-laborales...*, *op. cit.*, p. 106.

¹³¹² SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “Los alcances de la Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 509.

¹³¹³ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “Códigos de conducta...”, *op. cit.*, p. 212.

¹³¹⁴ En similares términos *vid.* SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “Códigos de conducta...”, *op. cit.*, p.213.

empresa principal, o externas, a través de auditores independientes¹³¹⁵. Todo ello con el objetivo de cerciorarse que se produce o no un incumplimiento de las normas de responsabilidad social corporativa.

g. Mecanismos alternativos de control

g.1. El delegado social

La supervisión y promoción que deben realizar los representantes de los trabajadores de los instrumentos éticos asumidos por las empresas transnacionales requieren de una planificación y dedicación muy intensiva. Ello nos hace proponer la creación de delegados sociales¹³¹⁶, una institución poco explorada, pero con un gran potencial a la hora de garantizar el cumplimiento de los compromisos adquiridos por las sociedades.

Los delegados sociales vendrían a suponer una especialización de los representantes de los trabajadores en el seguimiento de los compromisos de responsabilidad social corporativa, por ejemplo, en nuestro país algún o algunos delegados de personal o miembros de comités de empresa podrían dedicarse exclusivamente a esta tarea de supervisión de los instrumentos de responsabilidad social corporativa¹³¹⁷. No obstante, para no reducir los niveles de representación actuales, sería deseable que estos delegados fueran adicionales a la representación unitaria ya existente.

En el contexto global, sería ciertamente positivo contar con una figura específica encargada de la promoción y supervisión de la responsabilidad social corporativa en las empresas de dimensión transnacional. No obstante, dadas las particularidades de la responsabilidad social corporativa transnacional –con instrumentos negociados y unilaterales–, sería necesario que la figura del delegado social especializara sus funciones a través de dos subfiguras: el delegado social promotor y el delegado social supervisor.

El delegado social promotor debería tener presencia en aquellas empresas que no cuenten con un instrumento negociado de responsabilidad social corporativa. La función de este delegado sería promover ante la dirección empresarial los beneficios de contar con un instrumento de responsabilidad social corporativa o de sustituir su

¹³¹⁵ GALA DURÁN, Carolina, “La gestión socialmente responsable...”, *op. cit.*, p. 1228.

¹³¹⁶ Esta figura ha sido propuesta por la representación de los trabajadores en nuestro país, *vid.* JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, Juan Carlos, *La responsabilidad social...*, *op. cit.*, p. 160.

¹³¹⁷ Así, por ejemplo, CC.OO. Castilla-La Mancha ha sugerido que estos representantes expertos en responsabilidad social corporativa podrían desarrollar tareas de información y vigilancia, por ejemplo, recogiendo denuncias de violaciones de derechos laborales, comprobando el cumplimiento de los compromisos en materia medioambiental; tareas de diálogo con la empresa, fomentando la incorporación de la responsabilidad social corporativa en aquellas empresas en las que no se cuente con este tipo de instrumentos y tratando de llegar a posiciones comunes en las que sí los tengan. La propuesta de puede consultarse en JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, Juan Carlos, *La responsabilidad social...*, *op. cit.*, p. 160-161.

código unilateral por un código negociado. Asimismo, sería recomendable que existiera un delegado social supervisor en aquellas empresas que ya tengan un instrumento de responsabilidad social corporativa global. En este caso, al ser necesario establecer un control sobre el desarrollo y cumplimiento de los compromisos éticos de la compañía, sería aconsejable que el delegado no fuera un único representante sino que, al menos, estuviera compuesto por un grupo de delegados sociales organizados y expertos en esta labor, que comprendan el potencial de la responsabilidad social corporativa, pero también sus riesgos. En cualquier caso, los delegados sociales promotores y supervisores no deberían ser figuras que se excluyeran, pues existen códigos unilaterales que recogen mecanismos de control. En esos casos, sería ciertamente positivo la existencia de ambos representantes.

Por otra parte, como las empresas transnacionales presentan estructuras sumamente deslocalizadas y descentralizadas, los delegados sociales transnacionales deberían adaptarse a dicha complejidad para continuar resultando útiles. En el mejor de los casos, debería existir un delegado social supervisor/promotor por Estado en el que la empresa desarrolle su actividad. La cercanía y el conocimiento de la realidad en la que la empresa desarrolla sus servicios son fundamentales para poder controlar adecuadamente la actividad de la compañías.

Las empresas globales no siempre cuentan con representantes de los trabajadores en cada centro de trabajo, todavía más difícil es que exista un comité de representación de los trabajadores a nivel global. Ante esa carencia, aunque la mejor solución sería que los delegado sociales, al menos los supervisores, estuvieran previstos en los propios instrumentos de responsabilidad social corporativa para dotarles de garantías y derechos en el ejercicio de sus funciones, la alternativa más razonable sería que las funciones de los delegados sociales, promotores o supervisores, sean desarrolladas por personal específico de las federaciones sindicales internacionales.

g.2. La presión social

No puede dejar de mencionarse un mecanismo para garantizar la eficacia de la responsabilidad social corporativa ciertamente difuso, pero que no debe ser infravalorado debido a su gran gran potencial para controlar los compromisos éticos de las empresas transnacionales¹³¹⁸: la presión social de los consumidores y ciudadanos sobre estas compañías¹³¹⁹.

¹³¹⁸ Así se ha señalado que la presión de la sociedad convierte en obligatorias las herramientas de responsabilidad social corporativa, aunque estas no vengan impuestas por ninguna norma de eficacia obligatoria, DILLER, Janelle, “¿Una conciencia social...”, *op. cit.*, p. 113.

¹³¹⁹ Se ha afirmado que la presión de la sociedad es uno de los fundamentos más importantes en los que se basa el cumplimiento de las normas éticas de responsabilidad social corporativa, KOCHER, Eva, “La Responsabilidad Social de las Empresas (RSE): ¿Se trata de una escenificación lograda?” en APARICIO

Se ha sugerido incluso que el boicot o la difusión de los empleadores cumplidores, para dejar en evidencia a los incumplidores, pueden ser una buena estrategia¹³²⁰. Ambos métodos, teóricamente, sin duda, pueden ser muy efectivos teniendo en cuenta que el principal motivo que lleva a las empresas a incorporar la responsabilidad social corporativa es la mejora de su reputación. Que las organizaciones sindicales mundiales llamen al boicot de una compañía o que no la reconozcan como socialmente responsables puede suponer un fuerte impacto entre los clientes de las compañías, lo que en definitiva forzaría a las empresas a entablar negociaciones con los sindicatos para mejorar las condiciones laborales¹³²¹.

No obstante, aunque la presión social está en la base del nacimiento de la responsabilidad social corporativa, pues sin ella difícilmente se habrían terminado por imponer los compromisos éticos como fórmula habitual para controlar la gestión de las sociedades, lo cierto es que este mecanismo plantea graves deficiencias.

En primer lugar, la precisión social es difícil de mantener a lo largo del tiempo. Las empresas, por tanto, tienen un incentivo para incumplir, porque superada la fase inicial de escándalo es más fácil que la opinión pública pierda interés en la tutela de los derechos vulnerados o que el interés internacional se desplace a otro escándalo o noticia internacional¹³²².

En segundo lugar, el control de la responsabilidad social corporativa a través de la presión plantea el problema del acceso y canalización de la información. En este sentido, los incumplimientos más graves a buen seguro no podrán ser ocultados, sin embargo las irregularidades menores, aunque irregularidades al fin y al cabo, serán más fáciles de ocultarlas a los medios de comunicación y, por tanto, a los propios ciudadanos. No puede obviarse tampoco que, aunque dichos incumplimiento menores

TOVAR, Joaquín y VALDÉS DE LA VEGA, Berta (Dirs.), *La Responsabilidad Social de las Empresas en España: concepto, actores e instrumentos*, Bomarzo, Albacete, 2011, p. 106.

¹³²⁰ JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, Juan Carlos, *La responsabilidad social...*, op. cit., p. 102; TASCÓN LÓPEZ sugiere el boicot o su versión inversa, es decir, el reconocimiento público de las empresas cumplidoras como vía para forzar a los empleadores a incorporar criterios éticos y sostenibles en la gestión de la empresa en *Aspectos jurídico-laborales...*, op. cit., p. 222-223.

¹³²¹ Este parece haber sido el mecanismo elegido por los trabajadores de Coca-Cola Iberian Partners para presionar la readmisión y la reapertura del centro que la compañía tenía en Fuenlabrada, Madrid.

¹³²² El 24 de abril de 2013 se derrumbó el Rana Plaza, edificio que albergaba cinco fábricas de prendas de vestir en la zona de Savar de Dhaka, la capital Bangladesh. Nueve pisos de hormigón se vinieron abajo matando a 1.138 personas e hiriendo a más de 2.000. Casi todos los que murieron o resultaron heridos eran trabajadores y trabajadoras de la confección. Muchos de ellos habían recibido la orden de vuelta al edificio inseguro por los dueños de fábricas, a pesar de haber sido evacuados del mismo la víspera al haber aparecido grietas gigantes en las paredes. Por lo menos 27 marcas mundiales de prendas de vestir tenían pedidos recientes o en curso con las cinco fábricas de ropa en el edificio. A día de hoy diversas empresas continúan sin asumir sus responsabilidades éticas, entre las que se encuentran, por ejemplo, Benetton o Carrefour. Sin embargo, tras unas primeras semanas en las que la prensa internacional se centró en la catástrofe, en la actualidad la presión se ha relajado sobre estas marcas haciendo que las incumplidoras tengan menos incentivos para cumplir con sus responsabilidades (En listado de las 15 empresas incumplidoras puede consultarse en http://www.unibangladeshaccord.org/?page_id=237#sthash.IZSDEJXH.dpuf, última revisión agosto 2015).

no sean ocultados, los medios de comunicación internacionales, que necesariamente los transmisores de esos incumplimientos, no siempre van a considerar relevantes las irregularidades o que, en el peor de los casos, pueden llegar incluso a minimizar los errores de las grandes empresas transnacionales para no poner en riesgo las inversiones en publicidad de estas corporaciones. Por tanto, es fácil que la presión internacional no consiga tutelar adecuadamente las infracciones menos graves.

Finalmente, la presión internacional también resulta especialmente ineficaz en aquellos sectores o empresas que producen bienes o servicios a los que las sociedades no están dispuestas a prescindir o cuando se produce un incumplimiento generalizado en una industria de un bien muy extendido entre la población. En estos casos, las actuaciones de las sociedades incumplidoras tienen un margen de tolerancia muy superior al de otras industrias. Así, por ejemplo, las necesidades de consumo de teléfonos móviles, ordenadores y demás productos electrónicos, junto con el incumplimiento de los derechos laborales y humanos por parte de las empresas transnacionales productoras hacen que la presión internacional no llegue a sancionar adecuadamente a esas corporaciones transnacionales¹³²³.

Por tanto, aunque no debe desestimarse el papel que la presión internacional puede desarrollar en el cumplimiento de los compromisos éticos, no debe depositarse todo el peso en este mecanismo en ningún caso.

g.3. El etiquetado social

Otro de los mecanismos complementarios para controlar el cumplimiento de los compromisos éticos y medioambientales asumidos por las empresas es la puesta en marcha de programas de etiquetado social. El etiquetado social informa visualmente al consumidor final acerca del acatamiento de determinadas normas sociolaborales o ecológicas que permite diferenciar el producto o el servicio¹³²⁴. La etiquetas pueden colocarse en los productos o en sus embalajes, exponerse en los establecimientos de

¹³²³ Al respecto puede consultarse el Informe final del Grupo de Expertos en la explotación ilegal de los recursos naturales y otras formas de La riqueza de la República Democrática del Congo de las Naciones Unidas, de 16 de octubre de 2002 (S/2002/1146). El informe analiza la explotación del coltán, mineral muy usado en la elaboración de dispositivos electrónicos de pequeño tamaño, como los smartphone, el 80% de cuyas reservas mundiales se encuentran concentradas, según cálculos de expertos, en el Congo, lo que ha provocado una vulneración sistemática de derechos laborales y humanos entre los trabajadores de las minas de coltán y las poblaciones cercanas, con una absoluta inobservancia de los derechos de representación básicos.

¹³²⁴ BOIRAL, Olivier, “Certificar la buena conducta...”, *op. cit.*, p. 360. En similares términos se ha definido el etiquetado social como “cualquier medio por el que se facilita información mediante una etiqueta física sobre las condiciones laborales que rodean a la producción de un producto o a la prestación de un servicio”, *vid.* OIT (Grupo de Trabajo sobre las Dimensiones Sociales de la Liberalización del Comercio Internacional), *Examen general de los acontecimientos globales y de las actividades de la Oficina en relación con los códigos de conducta, el etiquetado social y otras iniciativas del sector privado que revisten importancia para las cuestiones laborales*, Documento GB.273/WP/SDL/1, 1998, Ginebra, § 68.

venta al por menor o asignarse a empresas (normalmente productores o fabricantes)¹³²⁵.

La certificación de determinadas características de los productos o servicios ofrecidos por las empresas transnacionales no es una solución novedosa. Hace muchos años que existen las etiquetas que pretenden garantizar al consumidor que determinados productos han sido producidos respetando los máximos estándares en la protección del medioambiente¹³²⁶. Es cierto que estas herramientas no han obtenido un gran éxito, muy probablemente por el desconocimiento de los consumidores que, al no otorgar ningún prestigio a los productos que cuenten con esa certificación, desincentivan a las empresas a asumir los costes derivados de su gestión.

Los sistemas de etiquetado social pueden crearse a partir de instituciones independientes, normalmente ONG, que fijan un código de conducta que deben cumplir las empresas para obtener el derecho a usar la correspondiente etiqueta. También es posible que estos sistemas sean creados por asociaciones empresariales o, incluso, que una empresa garantice mediante la cesión de uso de su marca a determinados productores o proveedores que esos sujetos respetan determinados compromisos¹³²⁷.

En España el intento más serio de lograr incorporar una certificación se produjo en el año 2000¹³²⁸, cuando AENOR propuso la creación del Comité Técnico AEN/CTN165 Ética¹³²⁹, así como el grupo de trabajo GT2, con el objetivo de que elaboran una propuesta de gestión ética empresarial susceptible de ser certificable. En diciembre de 2002 el GT2 propuso el borrador de norma PNE 165010 EX al comité plenario AEN/CTN 165. Aunque la CEOE se negó en rotundo a la propuesta¹³³⁰, finalmente fue aprobada el 22 de diciembre de 2009 (UNE 165010:2009 EX). Además, sobre la base de esta norma y con notable influencia de la ISO 26000, del Pacto Mundial y del

¹³²⁵ DILLER, Janelle, “¿Una conciencia social...”, *op. cit.*, p. 116.

¹³²⁶ En España existen tres programas de etiquetado ecológico: la flor Europea (creada por el Reglamento 880/92); Marca AENOR-medio ambiente, administrado por la Asociación Española de Normalización y Certificación; en tercer lugar, existe un sistema propio de certificación en Cataluña, el denominado distintivo de garantía de calidad ambiental, *vid.* JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, Juan Carlos, *La responsabilidad social...*, *op. cit.*, p. 79.

¹³²⁷ DILLER, Janelle, “¿Una conciencia social...”, *op. cit.*, p. 117, 120.

¹³²⁸ No obstante, hay otras iniciativas que también han favorecido el reconocimiento público de las empresas socialmente responsable, por ejemplo, el Real Decreto 1615/2009, de 26 de octubre, (BOE núm. 265, de 3 de noviembre de 2009) por el que se regula la concesión y utilización del distintivo “Igualdad en la Empresa”. Más tarde, mediante la Orden SPI/1292/2011, de 17 de mayo (BOE núm. 121, de 21 de mayo de 2011), se creó el Registro público de empresas con distintivo “igualdad en la empresa”.

¹³²⁹ La norma ISO 26000 expresamente señalaba su deseo de no impedir el desarrollo de normas técnicas nacionales más específicas o exigentes en este ámbito, CALVO GALLEGOS, Francisco Javier, “Responsabilidad social...”, *op. cit.*, p. 1098.

¹³³⁰ JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, Juan Carlos, *La responsabilidad social...*, *op. cit.*, p. 82.

modelo de informe social GRI 4, surgió en España la especificación SR10, y sobre la base de la anterior la certificación internacional de Gestión de la Responsabilidad Social IQNet SR10¹³³¹.

A nivel internacional, existen diferentes experiencias impulsadas por organizaciones privadas que cuentan con inspectores encargados de supervisar periódicamente a los productores como, por ejemplo, las etiquetas Max Havelaar (café), Rugmark (alfombras de Oriente tejidas a mano), el Double Income Project (textiles y prendas de vestir)¹³³².

La implantación de sistemas de etiquetado social, al igual que ya hemos manifestado respecto de los sistemas de control externos, pueden suponer un coste adicional al que deberán hacer frente las empresas que incorporen estos procedimientos de control. Por tanto, el mayor riesgo de este mecanismo de control es que los productos etiquetados suelen tener precios más elevados que aquellos que no merecen la distinción¹³³³. Sin embargo, el prestigio de la etiqueta social puede facilitar que los consumidores seleccionen los productos etiquetados y, en consecuencia, compensar e incluso superar las inversiones necesarias en las que deba incurrir la empresa para obtener dicha etiqueta social¹³³⁴.

Aunque el etiquetado social plantea algún riesgo estratégico para las sociedades, como acabamos de señalar, y las organizaciones sindicales no han logrado alcanzar un consenso sobre las bondades o maldades de este mecanismo¹³³⁵, sería aconsejable que Naciones Unidas o la OIT, como organizaciones de reconocido prestigio, crearan un sello que reconociera a aquellas sociedades transnacionales que respetaran y promocionaran la libertad sindical, la negociación colectiva y los derechos laborales de los representantes de los trabajadores.

¹³³¹ CALVO GALLEG0, Francisco Javier, “Responsabilidad social...”, *op. cit.*, p. 1098.

¹³³² Estos ejemplos de etiquetas sociales legítimas contrastan con otros modelos de etiquetado social impulsados por empresas que solo desean beneficiarse de la buena reputación que genera entre los consumidores asumir algún compromiso ético. Estas etiquetas fraudulentas se limitan a asignar al producto al referencia ética de manera aleatoria o bajo criterios vagos y poco rigurosos, sobre ello *vid.* BOIRAL, Olivier, “Certificar la buena conducta...”, *op. cit.*, pp. 360-361. Sobre los distintos tipos de etiquetado social *vid.* DILLER, Janelle, “¿Una conciencia social...”, *op. cit.*, p. 118-119.

¹³³³ DILLER, Janelle, “¿Una conciencia social...”, *op. cit.*, p. 135.

¹³³⁴ Existen evidencias empíricas de que las etiquetas sociales –al menos, las medioambientales, con mayor tradición histórica, pero nada hace suponer que los resultados sean diferentes respecto de las etiquetas de naturaleza puramente laboral– favorecen un incremento de la cuota de mercado de aquellas empresas que estén en posesión de la etiqueta social respecto de sus productos o servicios, aumentando con ello la competitividad de las empresas. El efecto descrito ha sido identificado respecto de las empresas textiles que poseen el sello *Green* en la Comunidad Valenciana, *vid.* FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, José Luis, LUNA SOTORRÍO, Ladislao y FERNÁNDEZ POLANCO, José Manuel, “El etiquetado social...”, *op. cit.*, p. 165. El etiquetado social puede incluso compensar las inversiones necesarias para que las empresas adquieran compromisos éticos, *Ibidem.* p. 159.

¹³³⁵ JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, Juan Carlos, *La responsabilidad social...*, *op. cit.*, p. 80.

7. Eficacia de la Responsabilidad Social Corporativa transnacional: ¿es posible su tutela judicial?

El compromiso, unilateral o negociado, de las empresas transnacionales de respetar los derechos laborales, individuales y colectivos, de sus trabajadores está llamado a ser uno de los pilares sobre los que desarrollar un derecho transnacional del trabajo que garantice esos derechos y, en lo que particularmente afecta a esta tesis doctoral, la representación de los trabajadores en este tipo de compañías.

A la espera de que se desarrollen fórmulas más poderosas de control y promoción en el ámbito internacional, conviene ahora examinar la eficacia de los instrumentos de responsabilidad social corporativa estudiados hasta ahora.

En principio el carácter voluntario de los instrumentos de responsabilidad social corporativa, es decir, la imposibilidad de exigir a las empresas transnacionales la adopción de códigos éticos o de Acuerdos Marco Globales porque su contenido va más allá de las obligaciones legales y convencionales jurídicamente exigibles¹³³⁶, parece haber sido aceptado como “algo intrínseco a su propia naturaleza”¹³³⁷. Ello induce a situar a estos instrumentos como un mecanismo de lo que habitualmente se denomina *soft law*¹³³⁸, es decir, recomendaciones o normas no vinculantes, en el sentido de controlables por la autoridad judicial, pero con una amplia capacidad de influir en la actuación de los destinatarios y facilitar la interpretación de sus actuaciones¹³³⁹, competencias no tan extrañas en nuestro ordenamiento¹³⁴⁰. De hecho, la responsabilidad social corporativa puede servir para interpretar las cláusulas de los contratos de trabajo o las actitudes del empleador¹³⁴¹, y permite orientar la labor de los tribunales¹³⁴².

Al margen del *soft law*, al menos en un sentido estricto, deberían quedar los Acuerdos Marco Globales que, al ser instrumento negociados, despliegan sus efectos entre las

¹³³⁶ TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *Aspectos jurídico-laborales...*, *op. cit.*, p. 55.

¹³³⁷ TASCÓN LÓPEZ Rodrigo, “Reflexiones sobre la naturaleza jurídica...”, *op. cit.*, p. 1027.

¹³³⁸ No obstante, los Acuerdos Marco Globales no son en esencia *soft law* porque la intervención de los representantes de los trabajadores propicia que, al menos, estos instrumentos desplieguen ciertos efectos jurídicos entre las partes que los han acordado, BANO, Fabrizio y VALENTI, Alberto, “El acuerdo marco global...”, *op. cit.*, p. 198.

¹³³⁹ Sobre el carácter “persuasivo” que pueden desarrollar estos instrumentos, *vid.* GOÑI SEIN, José Luis, “Valor jurídico de los códigos...”, *op. cit.*, p. 605.

¹³⁴⁰ Sobre la delimitación del carácter obligacional o normativo de los Acuerdos Marco sobre la estructura de la negociación colectiva en nuestro país, *vid.* VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo, *Los acuerdos marco sobre la estructura de la negociación colectiva: naturaleza jurídica, eficacia, contenido*, Comares, Granada, 1998, pp. 192-223.

¹³⁴¹ Dicha interpretación siempre deberá operaren favor del trabajador, ERMIDA URIARTE, Óscar, “Responsabilidad social...”, *op. cit.*, p. 313.

¹³⁴² OJEDA AVILÉS, Antonio, *Derecho Transnacional del Trabajo*, *op. cit.*, p. 370; EMBID IRUJO, José Miguel, “Derecho, mercado...”, *op. cit.*, p. 66.

partes signatarias¹³⁴³, al menos, con carácter general, pues existe un conjunto muy minoritario y meritorio de Acuerdos Marco Globales que han previsto explícitamente la posibilidad de denunciar sus incumplimientos ante los tribunales¹³⁴⁴. Además, el carácter de derecho blando también se ve cuestionado en los códigos éticos una vez estos han sido aceptados por los proveedores o contratistas de la empresa transnacional, pues a partir de dicho momentos también se podrán derivar consecuencias jurídicas tales como la suspensión o extinción del contrato que vincule a las sociedades¹³⁴⁵.

Al margen de esa labor orientadora o de la eficacia entre las partes, la doctrina suele coincidir en otorgar a estas cláusulas una naturaleza moral, sin consecuencia jurídicas exigibles por trabajadores o consumidores¹³⁴⁶. Por tanto, en principio las obligaciones éticas a las que se comprometa la empresa no serán exigibles por ningún medio jurídico, ni pueden ser reconducidas a ninguna institución de carácter público, sino que su cumplimiento queda dentro del arbitrio moral de la compañía. No obstante, que un instrumento sea asumido de manera voluntaria no debe prejuzgar la eficacia de ese mismo instrumento¹³⁴⁷. Así pues, aunque la voluntariedad característica de los instrumentos de responsabilidad social corporativa debe estar necesariamente presente en el momento inicial¹³⁴⁸, en el que se acuerda, una vez acordados estos

¹³⁴³ En este sentido, se ha mantenido que frente a los incumplimientos de los Acuerdos Marco Globales se ha de recurrir en primer lugar a las sanciones previstas en los propios acuerdos, pero en caso de no haberse establecido ningún tipo de mecanismo sancionatorio debería valorarse la posibilidad de recurrir a la efectividad contractual derivada del acuerdo entre las partes, SOLER ARREBOLA, José A., “Los acuerdos marco internacionales...”, *op. cit.*, p. 167. Sobre el carácter obligacional de los Acuerdos Marco Globales también *vid.* PÉREZ YÁÑEZ, Rosa María, “Los Acuerdos Marco Internacionales...”, *op. cit.*, p. 482.

¹³⁴⁴ Como los Acuerdos Marco Globales de Imicore y Arcelor, *vid.* ALMENDROS GONZÁLEZ, Miguel Ángel, “La eficacia de los Acuerdos...”, *op. cit.*, p. 568. No obstante, son más aquellos Acuerdos Marco Globales que expresamente prevén la ausencia de efectos legales, por ejemplo, el Acuerdo Marco Global de ThyssenKrupp, o aquellos otros que no contienen ninguna referencia al respecto, como los Acuerdo Marco Global de AEON, Gamesa, Sacyr, Danone, Alstom, Electrolux.

¹³⁴⁵ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “Eficacia jurídica de los productos...”, *op. cit.*, p. 481.

¹³⁴⁶ Así, se ha señalado que el objetivo de la aprobación de un código ético por una compañía transnacional es el de mostrar a la mercantil como una persona moral, no solo como una persona jurídica; es decir, como una persona que actúa moralmente y que puede inspirar confianza no solo por sus resultados económicos, sino por actuación conforme a los principios éticos derivados de su código de conducta, *vid.* BAYLOS, GRAU, Antonio, “Globalización y Derecho...”, *op. cit.*, p. 36; BAYLOS, GRAU, Antonio, “Un instrumento de regulación...”, *op. cit.*, p. 121.

¹³⁴⁷ Se ha afirmado que “la voluntariedad en la adopción en la adopción de decisiones y la unilateralidad en la fijación de medidas no implica ausencia de efectos jurídicos” LÓPEZ CUMBRE, Lourdes, “La dimensión normativa...”, *op. cit.*, p. 113. Asimismo, aunque las iniciativas de responsabilidad social corporativa de las empresas transnacionales no obedezcan al mandato imperativo de ninguna norma –estatal o internacional– se ha cuestionado si la presión internacional de la sociedad no las convierte de facto, aunque no de iure, en obligatorias, DILLER, Janelle, “¿Una conciencia social...”, *op. cit.*, p. 113.

¹³⁴⁸ CALVO GALLEGÓ, Francisco Javier, “Responsabilidad social...”, *op. cit.*, p. 1084.

pueden terminar generando instrumentos o normas con eficacia vinculante de derecho o de hecho¹³⁴⁹.

Además aun reconociendo su carácter de normas no vinculantes, es habitual que lo que es voluntario hoy se convierta en obligatorio mañana¹³⁵⁰. En este sentido, quizá estemos ante una evolución similar a la que sufrieron los convenios colectivos nacionales, primero se impusieron como práctica social para más tarde construirse sobre categorías jurídicas¹³⁵¹.

En cualquier caso, se reconozcan o no efectos jurídicos, sea de forma total o parcial, a los instrumentos de responsabilidad social corporativa, lo cierto es que las organizaciones sindicales no contemplan de momento recurrir a los tribunales para hacer efectivos los compromisos recogidos en estas herramientas. Los representantes de los trabajadores han concluido que es más efectivo a largo plazo favorecer la expansión de los instrumentos éticos a nivel internacional, sobre todo los Acuerdos Marco Globales, a recurrir el incumplimiento aislado de alguno de estos instrumentos¹³⁵².

La estrategia sindical parece acertada. La denuncia de los instrumentos de responsabilidad social corporativa provocaría que las organizaciones empresariales recelaran de dotarse de estos mecanismos, sin la garantía de que los tribunales reconocieran la eficacia jurídica de estas herramientas en toda su extensión. Por tanto, antes de establecer como máxima prioridad el requerimiento ante los tribunales, es más prudente esperar a una verdadera generalización y consolidación de los códigos y acuerdos éticos para que su desarrollo no admita un retroceso.

¹³⁴⁹ En este sentido, por ejemplo, EE.UU., a través de la *Alien Torts Claim Act*, ha tratado de reparar las vulneraciones de derechos humanos/laborales básicos sin fuerza vinculante cometidos por las empresas transnacionales. La *Alien Torts Claim Act* fue aprobada por el Congreso de EE.UU. en 1789. Sin embargo, durante un largo periodo permaneció sin ser aplicada hasta que en la década de 1980 comenzó a utilizarse para perseguir a determinados militares latinoamericanos por la comisión de crímenes y torturas en sus Estados de origen. En 1996 esta norma fue usada por primera vez para demandar a una persona jurídica, UNOCAL, que se había beneficiado de mano de obra forzada en la construcción de un oleoducto en el actual Myanmar. Sobre esta vía para exigir responsabilidades a las empresas transnacionales puede consultarse BAYLOS, GRAU, Antonio, “Códigos de conducta y acuerdos-marco...”, *op. cit.*, pp. 125-131. EE.UU. Sobre la *Alien Torts Claims Act*, *vid.* también APARICIO TOVAR, Joaquín y VALDÉS DE LA VEGA, Berta, “La Responsabilidad Social...”, *op. cit.*, p. 16. No es el único Estado en disponer de instrumentos para perseguir vulneraciones de derechos humanos, puede destacarse también la Ley de Competencia Universal Belga, ya derogada, y la Ley Francesa que permite recurrir ante los tribunales franceses, tanto penales como civiles, acciones cometidas o sufridas por ciudadanos franceses en el extranjero, siempre que los hechos que se recurren sean considerados también ilícitos en destino, lo que ciertamente ha restado efectividad a la previsión, al respecto, *vid.* DAUGAREILH, Isabelle, “Responsabilidad social...”, *op. cit.*, pp. 83-84.

¹³⁵⁰ DAUGAREILH, Isabelle, “Responsabilidad social...”, *op. cit.*, p. 80.

¹³⁵¹ BANO, Fabrizio y VALENTI, Alberto, “El acuerdo marco global...”, *op. cit.*, p. 198.

¹³⁵² EWING, K. D., “Global Framework Agreements in context: UK and US” en *Journal of the International Centre for Trade Union Rights*, vol. 18, núm. 2, 2011, p. 11; MAIRA VIDAL, María del Mar, “Los Acuerdos Marco Internacionales...”, *op. cit.*, p. 136.

Sin embargo, a pesar de los recelos de las organizaciones sindicales en la reivindicación de la eficacia jurídica de estos instrumentos¹³⁵³. Conviene ahora analizar la eficacia de estos instrumentos haciendo referencia a las posibles acciones o procedimientos que pueden tratar de articularse para defender su eficacia jurídica y a los tribunales competentes para analizar dichas acciones.

a. Procesos y acciones judiciales

Aunque ya hemos afirmado que es habitual no reconocer a los instrumentos de responsabilidad social corporativa ningún efecto jurídico, lo cierto es que son las propias empresas las que han tratado de derivar de estos métodos consecuencias jurídicas. Así, las direcciones empresariales han recurrido a sus instrumentos de responsabilidad social corporativa para no responsabilizarse de las conductas de sus trabajadores que vulneren dichas normas, es decir, las empresas argumentan que las actuaciones de sus trabajadores contrarias al código ético de la compañía contravienen las normas de la propia compañía y, por tanto, la empresa debe quedar exonerada de las consecuencias derivadas de la actuación de su empleado¹³⁵⁴. En este sentido, los códigos éticos vendrían a ser una manifestación del poder de dirección del empleador¹³⁵⁵.

No obstante, más allá de la utilización de los instrumentos éticos, sobre todo de los códigos éticos, como un mecanismo para concretar el poder de dirección del empleador, los problemas relacionados con la representación de los trabajadores sitúan a los propios representantes como sujetos demandantes y a las empresas transnacionales como sujetos demandados. Veamos a continuación las fórmulas más habituales para lograr que estos instrumentos sean jurídicamente vinculantes para estos supuestos.

a.1. La Responsabilidad Social Corporativa como versión descafeinada de la negociación colectiva: riesgos y oportunidades

Una fórmula muy eficaz de dotar de eficacia obligatoria a instrumentos de responsabilidad social corporativa es incorporar su contenido a los convenios colectivos u obligar a su negociación¹³⁵⁶. En este sentido, en nuestro país podemos

¹³⁵³ Si bien es cierto que la responsabilidad social corporativa despertó un fuerte recelo y oposición entre las organizaciones sindicales en un primer momento, esta postura se ha ido suavizando con el tiempo, al menos en algunas centrales sindicales, y ahora desarrollan un papel mucho más activo en la elaboración y promoción, *vid.* ROCHA SÁNCHEZ, Fernando, “La Responsabilidad Social...”, *op. cit.*, p. 148.

¹³⁵⁴ Este efecto jurídico derivado de los códigos de conducta es reflejado por BAYLOS, GRAU, Antonio, “Globalización y Derecho...”, *op. cit.*, p. 37.

¹³⁵⁵ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, “La dimensión transnacional...”, *op. cit.*, p. 20; CALVO GALLEGÓ, Francisco Javier, “Códigos de conducta...”, *op. cit.*, p. 303.

¹³⁵⁶ SOBZAK, André, “Aspectos legales de los acuerdos...”, *op. cit.*, p. 159. Al respecto, se ha señalado que la generalidad de los contenidos propios de la responsabilidad social corporativa pueden ser incorporados sin

citar, por ejemplo, el Convenio Colectivo estatal de la industria del calzado, que prevé que las empresas que deseen incorporar códigos de conducta de responsabilidad social deberán negociarlo previamente con los comités de empresa¹³⁵⁷, o el Convenio colectivo de la industria química, que dispone que las empresas del sector velarán especialmente por la responsabilidad social de las empresas de servicios¹³⁵⁸.

Incorporar a los convenios colectivos los compromisos éticos asumidos por la empresa, unilateralmente o mediante instrumentos negociados de fuerza vinculante, sin duda es interesante porque permite normativizar un compromiso ético, convirtiéndose en exigible desde ese mismo momento¹³⁵⁹. La responsabilidad social corporativa adquiere la fuerza vinculante del convenio mientras que de otra forma solo sería, en principio, un pacto entre “caballeros”¹³⁶⁰.

Cabría preguntarse si los compromisos incorporados al convenio colectivo son o no un exponente de la responsabilidad social corporativa, pues ya hemos señalado en diversas ocasiones que la característica fundamental de la misma es la voluntariedad. Al respecto, debe hacerse una diferenciación. Cuando la norma ética ha sido incorporada por los agentes sociales a un convenio colectivo sectorial, su aplicación es obligatoria para la empresa y, por tanto, puede ser razonable pensar que no nos encontramos ante una muestra de responsabilidad social corporativa. No obstante, en el ámbito transnacional, donde la negociación colectiva sectorial está muy poco desarrollada, solo cabría incorporar los acuerdos éticos a través de los convenios colectivos de las empresas que formen parte de la corporación transnacional. Por tanto, en este aspecto, es obvio que la dirección empresarial acepta voluntariamente los compromisos que se incorporan a los convenios colectivos nacionales. Por tanto,

problemas al contenido del convenio colectivo. Incluidas cuestiones tan alejadas, en principio, de la negociación colectiva como la protección del medio ambiente, cuestión sobre la que comienza existir una práctica negocial cada vez más frecuente, TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, “Reflexiones sobre la naturaleza jurídica...”, *op. cit.*, p. 1039-1040. Incluso se ha defendido la posibilidad de que el contenido de la responsabilidad social corporativa transnacional sea incorporado a través de decisiones unilaterales empresariales en cada uno de los Estados en los que actúe la sociedad, PÉREZ YÁÑEZ, Rosa María, “Los Acuerdos Marco Internacionales...”, *op. cit.*, p. 486. Sin embargo, se ha afirmado que la contractualización de la responsabilidad social corporativa desnaturalizaría la versión primigenia de su origen, convirtiéndose en sistema formalizado de gobierno de la empresa, GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, Elías, “Participación financiera...”, *op. cit.*, p. 152.

¹³⁵⁷ Disposición Adicional 2ª Convenio Colectivo estatal de la industria del calzado (BOE 9 de octubre de 2014, núm. 245).

¹³⁵⁸ Art. 16 XVII Convenio colectivo general de la Industria Química (BOE 9 de abril de 2013, núm. 85).

¹³⁵⁹ Así, TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *Aspectos jurídico-laborales...*, *op. cit.*, p. 56. Sin embargo, se ha señalado que la responsabilidad social corporativa y la negociación colectiva no deberían tener puntos en común pues la responsabilidad social corporativa comienza donde la negociación colectiva no llega. No obstante, la negociación colectiva podría acordar incorporar cláusulas de responsabilidad social corporativa no vinculantes al convenio colectivo LÓPEZ CUMBRE, Lourdes, “La dimensión normativa...”, *op. cit.*, pp. 101-102.

¹³⁶⁰ Qué mejor forma de expresar el compromiso de una empresa con el respeto a determinados principios éticos que incorporar esas normas al convenio colectivo de la empresa, para que tengan fuerza vinculante, TASCÓN LÓPEZ Rodrigo, “Reflexiones sobre la naturaleza jurídica...”, *op. cit.*, p. 1030.

pese a su inclusión, estaríamos ante normas de responsabilidad social corporativa que devendrían obligatorias en función del texto en el que están contenidas¹³⁶¹.

Mantener una posición opuesta a la anterior supondría paradójicamente que solo cuando las empresas asumen de manera unilateral compromisos éticos estos sean considerados como una muestra de responsabilidad social corporativa, con los efectos beneficiosos que dicha calificación conlleva, recordemos que las empresas socialmente responsables suelen presentar una mejor reputación ante los potenciales clientes. Por el contrario, cuando esos mismos principios son incorporados al proceso productivo de la empresa a través del convenio colectivo serían únicamente una muestra de la negociación colectiva, sin aprovechar los efectos positivos de su consideración como responsabilidad social corporativa, al no tenerla por carecer de los requisitos de voluntariedad y adicionalidad. Por tanto, el efecto de excluir la consideración de responsabilidad social corporativa a las normas incluidas en la negociación colectiva provocaría la potenciación de la negociación unilateral, en detrimento de esta¹³⁶².

No obstante, aunque a priori la incorporación de la responsabilidad social corporativa a la negociación colectiva nacional le garantiza la eficacia normativa de esta, lo cierto es que esta mezcla puede crear una confusión entre dos fuentes normativas –la propia responsabilidad social corporativa y los convenios colectivos– que deberían ser distintas, al menos, mientras una siga siendo voluntaria. Se corre el riesgo de que la confusión, en lugar de potenciar el papel de los compromisos éticos. Termine produciendo el debilitamiento de la negociación colectiva o de la legislación laboral¹³⁶³. Por tanto, la incorporación de la responsabilidad social corporativa a los convenios colectivos debe hacerse con cautela.

a.2. La eficacia de la Responsabilidad Social Corporativa a través del control de la publicidad

Quizá la vía más efectiva para lograr derivar consecuencias obligatorias de los instrumentos de responsabilidad social corporativa sea acudir a las acciones de control de la publicidad. La argumentación tras este razonamiento parte del

¹³⁶¹ Sobre el debate acerca de la naturaleza de las cláusulas de responsabilidad social corporativa incorporadas en los convenios colectivos de las empresas nacionales, *vid.* TASCÓN LÓPEZ Rodrigo, “Reflexiones sobre la naturaleza jurídica...”, *op. cit.*, pp. 1037-1038.

¹³⁶² CALVO GALLEGO, Francisco Javier, “Responsabilidad social...”, *op. cit.*, p. 1084.

¹³⁶³ La doctrina ha advertido que los códigos de conducta deben ser considerados instrumentos subsidiarios de la negociación colectiva entre empresarios y representantes de los trabajadores, *vid.* MERINO SEGOVIA, Amparo y RENTERO JOVER, Antonio, “Fórmulas atípicas de regulación...” *op. cit.*, p. 293.

reconocimiento de los compromisos éticos como una fórmula más de marketing al servicio de los intereses empresariales¹³⁶⁴.

El amplio concepto de publicidad manejado en el contexto europeo facilita considerar la responsabilidad social corporativa como una fórmula de publicidad y entonces cabrá controlarla como tal. Así, para delimitar el concepto de publicidad en el ámbito europeo podemos partir del artículo 2.a de la Directiva 2006/114/CE¹³⁶⁵, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, que define la publicidad como toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones. El legislador español amplió este concepto durante la trasposición y considera como una manifestación publicitaria toda acción realizada en el marco de una actividad comercial¹³⁶⁶, independientemente de que el fin promocional se persiga de forma directa o indirecta¹³⁶⁷.

La responsabilidad social corporativa, como hemos reiterado en diversas ocasiones, en última instancia persigue mejorar la reputación de la compañía que adopta el compromiso ético y, por tanto, como mensaje publicitario que es, debe integrarse en el contrato vinculando plenamente al emisor de las mismas, siempre que esta sea entendida no como una simple invitación a contratar, sino como una auténtica oferta¹³⁶⁸. La integración de la publicidad en el contrato han permitido defender a la jurisprudencia y a la doctrina que el consumidor podrá exigir el cumplimiento integro de la oferta publicitaria en el momento de la contratación a través de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios¹³⁶⁹. En lo que afecta a la responsabilidad

¹³⁶⁴ En este sentido, se ha mantenido que el Derecho del Trabajo se rige por las reglas del moderno derecho Patrimonial, por tanto, el contenido de la relación laboral, *ex* artículo 1258 CC, no puede quedar limitado a lo que las partes hayan pactado específicamente o a lo que pueda derivarse de la concreta regulación legal, debe integrarse, entre otras, las exigencias de buena y, como ha reiterado en numerosas ocasiones, la publicidad, *vid.* CALVO GALLEGO, Francisco Javier, “Responsabilidad social...”, *op. cit.*, p. 1103.

¹³⁶⁵ Directiva 2006/114/CE, de 12 de diciembre de 2006, (DO L 376 de 27 de diciembre de 2006).

¹³⁶⁶ Sobre el uso de un concepto amplio de publicidad en el ordenamiento español y comunitario *vid.* ÁLVAREZ RUBIO, Julio, “El control de la publicidad...”, *op. cit.*, pp. 1261 y ss.

¹³⁶⁷ Art. 2 Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (BOE núm. 274, de 15 de Noviembre de 1988): “a los efectos de esta Ley, se entenderá por Publicidad: Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”.

¹³⁶⁸ En palabras de CALVO GALLEGO, Francisco Javier, *Códigos éticos y derecho...*, *op. cit.*, p. 63. En similares términos, TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *Aspectos jurídico-laborales...*, *op. cit.*, p. 55; SOBZAK, André, “Aspectos legales de los acuerdos...”, *op. cit.*, p. 159.

¹³⁶⁹ Al respecto, no se entendería que los anuncios públicos sobre calidades o precios de los productos ofrecidos por las multinacionales se consideren jurídicamente vinculantes, mientras que los instrumentos de responsabilidad social corporativa de una empresa deban merecer una respuesta distinta, *vid.* EMBID IRUJO, José Miguel, “Derecho, mercado...”, *op. cit.*, p. 65. Sobre la exigibilidad en general de todas las

social corporativa, será posible aplicar esta interpretación para que los consumidores reivindiquen el cumplimiento de los compromisos éticos incluidos en los instrumentos de responsabilidad social corporativa, siempre que estos compromisos tengan una cierta concreción, lamentablemente no siempre presente en estos mecanismos internacionales.

Además de la integración del contenido publicitario en el contrato, se ha planteado para evitar que las empresas puedan hacer declaraciones de responsabilidad social corporativa que luego incumplen la posibilidad de recurrir a las acciones propias para reparar o finalizar actos que puedan suponer una competencia desleal en la publicidad.

El argumento jurídico detrás de este recurso es que las compañías se ven beneficiadas ilegítimamente, situándose en una posición superior respecto de sus competidores, por la buena reputación que les reportan sus normas de responsabilidad social corporativa, ya sean unilaterales o bilaterales, entre el público receptor de esas campañas, es decir, entre el consumidor final del producto o servicio ofrecido por la empresa. Por tanto, en caso de la empresa no respete en la práctica su código ético o su Acuerdo Marco Global los consumidores finales podrán interponer demandas por publicidad engañosa al amparo de las legislaciones de sus respectivos Estados¹³⁷⁰.

Al respecto, el artículo 6.2.b de la Directiva 2005/29¹³⁷¹, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, contempla que “se considerará engañosa toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, y teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre

manifestaciones realizadas por el empresario durante la fase de promoción de la contratación o del contrato al amparo del deber legal mandatado por el art. 8 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, *vid.* el trabajo clásico de GALÁN FONT, Juan Ignacio, “La integración publicitaria del contrato...”, *op. cit.*, pp. 33-34. Nótese que la Ley 26/1984 ha sido sustituida por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que ha modificado parcialmente la redacción del artículo 8 y su localización. Es ahora el artículo 61, incluso con su redacción actual, el que permite sostener la argumentación defendida en su momento por Galán Font. Al respecto varios pronunciamientos judiciales han entendido que el vendedor debe publicitar de buena fe sus productos o servicios sin llevar a error o al engaño al consumidor a través de su publicidad. En este sentido, “cuando constituye una auténtica oferta publicitaria en tanto que se trata de una información concreta, que contiene datos objetivos” la publicidad se integra en el contrato, siempre que contenga disposiciones más favorables que el contrato, *vid.* STS sala 1ª, de 23 de mayo de 2003 (Rº 3167/1997); STS sala 1ª, de 12 de julio de 2011 (Rº 1838/2007) y las reputadas STS de 14 de junio de 1976 y STS de 27 de enero de 1977 que marcaron el camino a seguir, incluso antes contar con el soporte legal de la Ley de Protección de Consumidores.

¹³⁷⁰ TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *Aspectos jurídico-laborales...*, *op. cit.*, p. 55.

¹³⁷¹ Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005, Directiva sobre las prácticas comerciales desleales, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 149 de 11 de junio de 2005).

una transacción que de otro modo no hubiera tomado, y que suponga el incumplimiento por parte del comerciante de compromisos incluidos en códigos de conducta que aquél se haya obligado a respetar, siempre y cuando: i) el compromiso no remita a una aspiración u objetivo sino que sea firme y pueda ser verificado, y ii) el comerciante indique en una práctica comercial que está vinculado por el código”. Se trata de un paso importante¹³⁷², aunque es cierto que la vinculación al código ético sigue siendo una decisión empresarial, pues debe indicar su sometimiento al mismo. Además, la acción por competencia desleal requiere que el compromiso sea un objetivo firme y concreto, lo que nuevamente no siempre es fácil de encontrar en la responsabilidad social corporativa transnacional.

El legislador español, inspirado por la legislación comunitaria, también ha dispuesto el sometimiento de las corporaciones empresariales a sus códigos éticos. El artículo 5.2 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, dispone que “cuando el empresario o profesional indique en una práctica comercial que está vinculado a un código de conducta, el incumplimiento de los compromisos asumidos en dicho código, se considera desleal, siempre que el compromiso sea firme y pueda ser verificado, y, en su contexto fáctico, esta conducta sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de sus destinatarios”. Además, el artículo 21 de la misma normativa reputa desleales por engañosas, las prácticas comerciales que afirmen sin ser cierto: que el empresario o profesional está adherido a un código de conducta o la exhibición de un sello de confianza o de calidad o de un distintivo equivalente, sin haber obtenido la necesaria autorización. Frente a estas conductas desleales, cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente amenazados o perjudicados por la conducta desleal, podrán ejercitar las acciones de cesación o rectificación de la referida conducta ilícita¹³⁷³.

Aunque tanto el legislador comunitario como el español se refieren exclusivamente a los códigos de conducta, por analogía debe extenderse la posibilidad de controlar por engañosa la publicidad de una empresa transnacional que en la práctica contraviene su Acuerdo Marco Global pues, de lo contrario, los acuerdos negociados quedarían en una situación de menor exigibilidad y eficacia que las normas unilaterales.

En cuanto a los sujetos legitimados para iniciar las acciones en los supuestos de competencia desleal. Lo cierto es que, lamentablemente, esta solución para dotar de exigibilidad a la responsabilidad social corporativa sitúa como actor principal al consumidor, relegando al trabajador y a sus representantes a la marginalidad. No

¹³⁷² RUIZ MIGUEL, Carlos, “Derechos Fundamentales y responsabilidad social...”, *op. cit.*, p. 220.

¹³⁷³ Se ha señalado que ni la cesación ni la rectificación pueden perjudicar los derechos de los consumidores, *vid.* GALÁN FONT, Juan Ignacio, “La integración publicitaria del contrato...”, *op. cit.*, p. 42.

obstante, se ha mantenido que, al menos en nuestro país, la legitimización de los sindicatos para interponer demandas por publicidad engañosa puede ser defendida en atención a la capacidad general de representación de los intereses de los trabajadores y del indudable interés legítimo en este tipo de litigios¹³⁷⁴.

Esta interpretación extensiva de los sujetos legitimados para interponer las acciones por competencia desleal parece quedar confirmada por el legislador español cuando en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, dispone que el Instituto de la Mujer, u órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas, estarán legitimados para ejercer la acción de cesación cuando consideren que pudiera haberse incurrido en supuestos de publicidad engañosa. Ello tras haber reconocido que las empresas podrán hacer uso publicitario de sus acciones de responsabilidad en materia de igualdad, de acuerdo con las condiciones establecidas en la legislación general de publicidad. Por tanto, parece claro que el legislador español, al reconocer el carácter publicitario que puede hacerse de la responsabilidad social corporativa, extiende a los órganos de estudio y control de la situación de la mujer la posibilidad de impugnar la publicidad engañosa de las empresas.

La legitimación activa del instituto de la mujer para recurrir las situaciones de publicidad engañosa prevista en la LO 3/2007 no debe ser interpretada como una excepción a los sujetos legitimados por el artículo 33 de la Ley 3/1991, sino como la constatación expresa en una Ley específica sobre igualdad efectiva de que este organismo tiene un interés legítimo para interponer las acciones de cesación y rectificación previstas en el artículo 32 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal. Por tanto, al amparo del artículo 33 de la Ley 3/1991, que fija los sujetos con legitimación activa para interponer la acción contra los actos de competencia desleal, estarán legitimados para interponer las acciones por competencia desleal cualquier persona física o jurídica que resulte afectada y, en general, a quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo. Parece evidente que debe reconocerse a los trabajadores y organizaciones sindicales dentro de los sujetos con un interés legítimo en oponerse a las conductas ilícitas derivadas de la publicidad engañosa fruto de la responsabilidad social de las empresas¹³⁷⁵.

¹³⁷⁴ De esta forma los sindicatos tendrían la legitimación activa requerida por el artículo 33 de la Ley de Competencia Desleal, *vid.* SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “Códigos de conducta...”, *op. cit.*, p. 233.

¹³⁷⁵ Similar razonamiento, aunque cuando la acción de cesación de publicidad engañosa estaba situada en la Ley General de Publicidad, es mantenido por CALVO GALLEGO, Francisco Javier, *Códigos éticos y derecho...*, *op. cit.*, p. 67. Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios (BOE núm. 315 de 31 de diciembre de 2009), derogó el título IV de la Ley General de Publicidad habida cuenta de la necesaria coordinación entre las acciones derivadas de la Ley de Publicidad y de Competencia Desleal.

La Unión Europea y España no han sido los únicos sujetos en los que parece que la vía de la demanda por publicidad engañosa está expedita para controlar la veracidad de las declaraciones éticas de las compañías transnacionales. En abril de 1998 el activista Marc Kasky demandó a Nike por infringir las leyes californianas sobre competencia desleal y publicidad engañosa.

La demanda se presentó tras una serie de escándalos laborales que habían perjudicado la reputación de Nike. La dirección de la compañía procedió a enviar diversas cartas a editores de revistas y a difundir sus anuncios con sus principios éticos y de responsabilidad corporativa. Marc Kasky mantenía que frente a los escándalos públicos a los que se enfrentaba la compañía, esta respondía engañando sobre las condiciones de trabajo en el sureste asiático. En particular, sostenía que los trabajadores de los productos Nike estaban sometidos a castigos físicos y a abusos sexuales, que en las fábricas de los productos de la compañía no se respetaban los derechos a una jornada máxima y un salario mínimo garantizado, que los trabajadores no recibían comida y atención sanitaria gratuita, tal y como afirmaba la empresa¹³⁷⁶.

La Corte de Apelación de California, la primera instancia, estimó las alegaciones de la compañía. La empresa sostenía que la difusión de sus compromisos éticos no constituía un mensaje comercial, sino una intervención en un debate público que estaba amparado por la Primera Enmienda de la Constitución Norteamericana. El fallo fue recurrido ante el Tribunal Supremo de California que, al contrario que la Corte de Apelación, sí estimó los argumentos de Marc Kasky. El Tribunal determinó de una manera más rigurosa que los mensajes emitidos por Nike sí constituían un *commercial speech*, es decir, un mensaje emitido por un sujeto comercial, dirigido a potenciales clientes y con el objetivo de promocionar sus productos, difundiendo la calidad y condiciones en las que los trabajadores de sus productos desarrollan su labor. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos tuvo finalmente conocimiento del asunto y dictaminó que el Tribunal Supremo de California debía analizar el fondo del asunto y dictaminar si se había producido o no una vulneración de las leyes de competencia desleal y publicidad engañosa. Lamentablemente antes de que el Tribunal pudiera conocer del fondo del asunto nuevamente, las partes alcanzaron un acuerdo extrajudicial mediante el cual Nike donó 1'5 millones de dólares a la ONG *Fair Labor Association*¹³⁷⁷.

¹³⁷⁶ GOLDSTEIN, Thomas C., "Nike v. Kasky and the definition of Commercial Speech", en *Cato Supreme Court Review*, 2002-2003, pp. 66; ÁLVAREZ RUBIO, Julio, "El control de la publicidad...", *op. cit.*, p. 1274-1281.

¹³⁷⁷ Un análisis más minucioso sobre este caso y sobre sus implicaciones con la jurisprudencia sobre la Primera Enmienda y su relación con la "*commercial speech*" puede verse en VLADECJ, David C., "Lessons from a story untold: Nike v. Kasky reconsidered", en *Case Western Reserve Law Review*, vol. 54, issue 4, 2004, pp. 1049-1089 y en GOLDSTEIN, Thomas C., "Nike v. Kasky...", *op. cit.*, pp. 63-79; KREIDE, Regina, "Justicia global,

En cualquier caso, aunque nos encontremos ante el tercer acto de una obra de cuatro¹³⁷⁸, es posible sacar algunas conclusiones interesantes del conflicto transnacional planteado ante los órganos norteamericanos. En primer lugar, el recurso a las acciones derivadas de la publicidad engañosa termina con las dudas de si los trabajadores, los sindicatos o ciudadanos de los Estados más avanzados están legitimados para interponer acciones frente a las empresas transnacionales por sus incumplimientos en otros Estados. No hay duda de que la publicidad se produce en su propio Estado y, por tanto, estará sometida íntegramente a las legislaciones nacionales, independientemente de que los hechos que demuestran la infracción se hayan cometido en otro lugar. En segundo lugar, la rigurosa definición realizada por el Tribunal Supremo de California sobre el mensaje que puede emitir una compañía nos permite analizar de forma más sencilla los instrumentos de responsabilidad social corporativa, a pesar de los problemas que dicha definición pueda plantear a la coordinación entre la doctrina de la Primera Enmienda y del *commercial speech*. Para que estos puedan ser objeto de control judicial es necesario un triple juicio: si el sujeto que lo emite es un sujeto comercial, si los destinatarios son los consumidores y si el contenido del mensaje tiene naturaleza comercial concreta, es decir si son hechos concretos sobre los que sea posible establecer un análisis de veracidad.

a.3. Buena fe y prácticas consuetudinarias

Otro de los argumentos jurídicos explorados para dotar de fuerza vinculante a los instrumentos de responsabilidad social corporativa es el de considerar a los mismos como normas internacionales consuetudinarias.

Así, se ha reivindicado la eficacia jurídica de los compromisos éticos asumidos por las empresas arguyendo que una práctica reiterada en el tiempo, con convicción de su fuerza obligatoria, adquiere el carácter de norma consuetudinaria¹³⁷⁹. Por tanto, cuando la empresa quisiera dejar de respetar la norma no podría hacerlo por haberse convertido ya en una norma vinculante del sistema de fuentes. Sin embargo, es cierto que muy difícilmente puede considerarse que en la actualidad exista la conciencia en la sociedad de que la responsabilidad social corporativa sea un elemento obligatorio¹³⁸⁰.

pobreza y responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 127; OJEDA AVILÉS, Antonio, *Derecho Transnacional del Trabajo*, *op. cit.*, p. 371.

¹³⁷⁸ En palabras de VLADECJ, David C., “Lessons from a story...”, *op. cit.*, p. 1086.

¹³⁷⁹ Las normas consuetudinarias estatales constan de dos elementos: uno de carácter objetivo –la práctica constante, uniforme y, en principio, generalizada de una conducta– y otro de carácter subjetivo –la costumbre debe ser generalmente aceptada como obligatoria por los sujetos, que deben actuar convencidos de su carácter obligatorio–. Sobre este argumento aplicado a las herramientas de responsabilidad social corporativa *vid.* LÓPEZ CUMBRE, Lourdes, “La dimensión normativa...”, *op. cit.*, p. 97.

¹³⁸⁰ EMBID IRUJO, José Miguel, “Derecho, mercado...”, *op. cit.*, p. 65.

Además, predicar el carácter de norma consuetudinaria de los compromisos éticos no resuelve los interrogantes sobre la eficacia de las normas de responsabilidad social corporativa. En primer lugar, porque solo adquirirían esa condición las normas éticas que fueran respetadas por las empresas, cuando precisamente el problema se plantea con aquellas otras cláusulas que no son cumplidas. En segundo lugar, incluso los instrumentos éticos que son respetados por las direcciones empresariales suelen incluir en su clausulado la exclusión de obligatoriedad de esas normas. Por tanto, parece muy complicado inferir de estas normas una costumbre.

Más certero parece colegir la eficacia jurídica de la responsabilidad social corporativa de la buena fe y el respeto a los actos propios¹³⁸¹. La voluntariedad sobre la que se construye la responsabilidad social corporativa no puede significar que las empresas puedan proceder de mala fe, asumiendo compromisos éticos que saben de antemano que no están dispuestas realmente a cumplir¹³⁸².

El incumplimiento de los compromisos de mala fe podría dar lugar alguna clase de acción amparándose en la responsabilidad civil extracontractual por haberse visto defraudadas unas expectativas que legítimamente se habían generado por el previo compromiso empresarial¹³⁸³. Este tipo de reclamaciones requeriría que el incumplimiento de la empresa fuese voluntario o provocado por la empresa, además de una cierta concreción en las expectativas fallidas. Sin embargo, ambos requisitos no suelen encontrarse en la práctica de la responsabilidad social corporativa. Los compromisos éticos suelen recoger principios muy generales de los que es complejo derivar un incumplimiento¹³⁸⁴.

En cualquier caso, mientras que la costumbre exige un respeto generalizado a una determinada conducta, reconociendo en la misma su carácter de obligatoria, la subordinación a los actos propios previos en virtud de la buena fe exige que un determinado individuo desee vincularse unilateralmente en un momento dado. En similares términos, en el marco de la teoría general de las obligaciones, como un ejemplo del establecimiento de una concreta obligación por voluntad unilateral de un determinado sujeto¹³⁸⁵.

¹³⁸¹ CALVO GALLEGO, Francisco Javier, “Responsabilidad social...”, *op. cit.*, p. 1105.

¹³⁸² TASCÓN LÓPEZ Rodrigo, “Reflexiones sobre la naturaleza jurídica...”, *op. cit.*, p. 1035; COLEMAN, Sarah, “Enforcing international framework agreements...”, *op. cit.*, p. 624.

¹³⁸³ TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *Aspectos jurídico-laborales...*, *op. cit.*, p. 55.

¹³⁸⁴ Es notorio que “las declaraciones empresariales se han movido en muchas ocasiones en un plano de simples principios y recomendaciones sin la necesaria concreción y claridad” CALVO GALLEGO, Francisco Javier, “Responsabilidad social...”, *op. cit.*, p. 1077.

¹³⁸⁵ EMBID IRUJO, José Miguel, “Derecho, mercado...”, *op. cit.*, p. 65.

a.4. Eficacia alternativa

Las partes también pueden buscar garantizar efectos jurídicos a los Acuerdos Marco Globales, más allá de los propios derivados de la naturaleza contractual de los acuerdos. La propia importancia de los suscriptores de estos acuerdos puede provocar que los contenidos de sus acuerdos sean incorporados o adaptados a las legislaciones nacionales de los Estados o a las costumbres o reglas consuetudinarias¹³⁸⁶. En el primer supuesto, la eficacia del Acuerdo Marco, ya no vendría de los propios acuerdos sino de las normas jurídicas que incorporan su contenido. En cuanto a la eficacia de los Acuerdos Marco Globales a través de la costumbre, en este caso las normas acordadas pueden tener tanta influencia que terminen convirtiéndose en costumbre y, por tanto, invocable ante los tribunales.

Además, independientemente de las posibles de recurrir ante los tribunales ya manifestadas, es posible que las partes que negocien el Acuerdo Marco quieran dotar al acuerdo de un plus añadido de eficacia. Para ello, pueden incorporar al acuerdo una cláusula de sumisión a los tribunales de algún Estado¹³⁸⁷. En ese caso y siempre que los tribunales de ese país acepten la sumisión de las partes a su jurisdicción, como es el caso español, los conflictos que surjan fruto de la aplicación del Acuerdo Marco Global se sustanciarán ante los tribunales señalados en el acuerdo.

b. Normas de conflicto

La vulneración de los instrumentos de responsabilidad social corporativa suele producirse en territorios distintos, países en vías de desarrollo, de aquellos en los que se acordaron estas herramientas o de la sede central del grupo empresarial transnacional, países desarrollados¹³⁸⁸. A la anterior evidencia debe añadirse que las organizaciones sindicales están interesadas en perseguir esos incumplimientos ante los tribunales del Estado de origen de la compañía. En primer lugar, porque los sujetos vinculados por las legislaciones de los Estados donde se cometen los abusos no suelen estar vinculados formalmente por los instrumentos de éticos, pues suelen ser proveedores o filiales que no han participado en la redacción de dichas herramientas¹³⁸⁹. En segundo lugar, porque a través de la reclamación en origen es

¹³⁸⁶ BAZ TEJEDOR, José Antonio, “La ética de las empresas...”, *op. cit.*, p. 56.

¹³⁸⁷ Los Acuerdos Marco Globales suscritos por las empresas transnacionales españolas no suelen incorporar este tipo de cláusula, sino únicamente remisiones a soluciones internas consensuadas por las partes, en algunas ocasiones han ido un paso más allá y han acordado someter las discrepancias a expertos independientes de la OIT, *vid.* BAZ TEJEDOR, José Antonio, “La ética de las empresas...”, *op. cit.*, p. 57.

¹³⁸⁸ BAYLOS, GRAU, Antonio, “Códigos de conducta y acuerdos-marco...”, *op. cit.*, p. 131.

¹³⁸⁹ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “Eficacia jurídica de los productos...”, *op. cit.*, p. 482. No obstante, se ha defendido que sí cabría una acción de los sindicatos locales al poder considerar a las cláusulas de los Acuerdos Marco Globales como estipulaciones a favor de terceros emitidas por la empresa transnacional con carácter vinculante, GOÑI SEIN, José Luis, “Valor jurídico de los códigos...”, *op. cit.*, p. 601.

más fácil influir en la opinión pública internacional y lograr que esta presione a las empresas transnacionales para que respeten los compromisos asumidos unilateralmente o de manera negociada, independientemente del fallo judicial.

Estas reclamaciones en Estados distintos de aquellos en los que se cometieron las infracciones pueden presentar dos tipos de problemas fundamentales. En primer lugar, si las herramientas de responsabilidad social corporativa pueden aplicarse más allá del Estado en el que fue publicado o del Estado donde se sitúe la sede de la compañía. En segundo lugar, si es posible usar el código en el país es el que ha sido publicado o en el lugar de la sede de la empresa, pero por hechos acaecidos en otros Estados.

En realidad el problema de la publicación es menos importante de lo que podría parecer a primera vista. Los códigos de conducta y los Acuerdos Marco Globales suelen estar a disposición de los stakeholders –empleados, proveedores o consumidores– a través de las páginas web de la compañía. Por tanto, su difusión debe ser considerada global. En este sentido, por tanto, no debería haber problema en estimar que estos códigos pueden ser de aplicación en todos los Estados, con las matizaciones que más adelante señalaremos.

En cuanto a su aplicación en función de hechos acaecidos en otros Estados, parece que la opción más acertada es aplicar las normas de conflicto propias del Derecho Internacional Privado¹³⁹⁰.

En nuestro país las normas que permiten determinar la jurisdicción competente se encuentran recogidas en los artículos 21 a 25 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ). En concreto, es el artículo 25 LOPJ el encargado de regular la competencia internacional en el orden social¹³⁹¹. No obstante, su aplicación está condicionada por los tratados y convenios internacionales sobre competencia judicial internacional¹³⁹².

¹³⁹⁰ OJEDA AVILÉS, Antonio, *Derecho Transnacional del Trabajo*, op. cit., p. 373.

¹³⁹¹ Artículo 25 LOPJ: “En el orden social, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes: 1º En materia de derechos y obligaciones derivados de contrato de trabajo, cuando los servicios se hayan prestado en España o el contrato se haya celebrado en territorio español; cuando el demandado tenga su domicilio en territorio español o una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en España; cuando el trabajador y el empresario tengan nacionalidad española, cualquiera que sea el lugar de prestación de los servicios o de celebración del contrato; y, además, en el caso de contrato de embarque, si el contrato fue precedido de oferta recibida en España por trabajador español. 2º En materia de control de legalidad de los convenios colectivos de trabajo celebrados en España y de pretensiones derivadas de conflictos colectivos de trabajo promovidos en territorio español. 3º En materia de pretensiones de Seguridad Social frente a entidades españolas o que tengan domicilio, agencia, delegación o cualquier otra representación en España”.

¹³⁹² Es de sobra conocido que los tratados internacionales una vez publicados en el Boletín Oficial del Estado forman parte del ordenamiento jurídico nacional y prevalecen sobre las normas de origen interno ex artículos 96.1 de la Constitución Española y 21.1 de la LOPJ.

El artículo 25 LOPJ regula en su apartado primero la competencia judicial en conflictos individuales, en su apartado segundo la competencia en conflictos colectivos y en su apartado tercero la competencia en conflictos surgidos frente a la Seguridad Social española. Los conflictos con la Seguridad Social desbordan los límites de la presente tesis doctoral, por lo que nos centraremos en los conflictos individuales y colectivos que puedan surgir fruto de la responsabilidad social corporativa internacional.

Los conflictos individuales vinculados a la responsabilidad social corporativa, aquellos en los que la empresa pretenda sancionar a un trabajador por obligaciones recogidas en un código ético o en los que un trabajador pretenda reivindicar derechos al amparo de algún Acuerdo Marco Global, serán conocidos por los tribunales que señalen el Convenio de Bruselas¹³⁹³, los Reglamentos Bruselas I y I bis¹³⁹⁴, los Convenios Lugano I y II¹³⁹⁵ y, en último lugar, por el artículo 25.1 LOPJ.

En virtud de ellos, conocerán los tribunales del Estado en el que tenga situado su domicilio el demandado. Cuando el empleador no tenga fijado su domicilio dentro de las fronteras de la Unión también será posible declarar competentes a los tribunales de aquel Estado en el cual el empleador posea alguna sucursal, agencia o cualquier otro tipo de establecimiento. Como alternativa al criterio del domicilio los Reglamentos Bruselas dispone un criterio adicional. Se establece que, en el caso de las demandas interpuestas por trabajadores de forma individual, es posible que el empleador sea demandado en un Estado distinto de aquel en el que tenga fijado su

¹³⁹³ El Convenio de Bruselas, sobre competencia internacional, fue firmado originariamente en Bruselas en 1968, posteriormente ha sido modificado de forma menor introduciendo correcciones técnicas por los Convenio de Luxemburgo de 9 de octubre de 1978, tras el ingreso de Dinamarca, Irlanda y del Reino Unido; por el Convenio de Luxemburgo de 25 de octubre de 1982, tras el ingreso de Grecia en las Comunidades Europeas. El Convenio de San Sebastián, 26 de mayo de 1989, aprovechando la incorporación de España y Portugal, introdujo en el Convenio de Bruselas las novedades pactadas en el Convenio de Lugano I, llevando a cabo una modificación más profunda del Convenio de Bruselas.

¹³⁹⁴ El Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, también conocido como Bruselas I, pasó a regular la jurisdicción competente en los Estados miembro de la Unión sustituyendo al Convenio de Bruselas desde el 1 de marzo de 2002 (art. 76 Reglamento Bruselas I). No obstante, tras la entrada en vigor del Reglamento 44/2001, el Convenio Bruselas de 1968 permaneció regulando la competencia judicial entre Dinamarca y el resto de socios europeos, en función del protocolo número 5 sobre la posición de Dinamarca anexa al Tratado constitutivo de la CE y del Tratado de la UE. En 2005 se acordó, entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca, aplicar las disposiciones del Reglamento Bruselas I, con algunos límites recogidos en el propio acuerdo [L 299/62, 16.1.2005], acuerdo aprobado por decisión del Consejo el 5.5.2006 [2006/325/CE]. Recientemente, el Reglamento Bruselas I ha sido sustituido por el Reglamento 1215/2012, Bruselas I bis, que incorpora al Reglamento Bruselas I la jurisprudencia del TJUE de más de 11 años, el nuevo reglamento solo resultará de aplicación a los conflictos surgidos a partir del 10 de enero de 2015 (arts. 66 y 81 Reglamento Bruselas I bis).

¹³⁹⁵ Los resultados positivos que generó el Convenio de Bruselas al uniformizar las reglas de competencia en Europa provocaron que en paralelo, el 16 de septiembre de 1988 se aprobara el Convenio de Lugano I. Este tratado internacional regula la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil entre la Unión Europea y los Estados miembro de la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA), formada por Noruega, Islandia, Suiza y Liechtenstein. El Convenio Lugano I ha sido actualizado por el Convenio Lugano II (DOCE L 339 de 21 de diciembre de 2007).

domicilio cuando el trabajador desarrolle su actividad en otro Estado. Por tanto, será posible demandar al empresario ante los tribunales del lugar en el que el trabajador desempeñe habitualmente su trabajo o en el último lugar en el que hubiera prestado sus servicios. Se prevé un tercer criterio adicional de atribución de la competencia: la voluntad de las partes¹³⁹⁶. Este tercer criterio, alternativo y prioritario a los dos anteriores, determinará la competencia de los tribunales en dos supuestos: cuando el acuerdo permita al trabajador formular demandas frente a nuevas jurisdicciones y cuando el acuerdo sea posterior al momento del litigio.

Por su parte, el artículo 25.1 LOPJ declara la competencia de nuestros tribunales con carácter general cuando el contrato de trabajo se haya suscrito en nuestro país o los servicios se hayan realizado en España; cuando el demandado tenga su domicilio en territorio español o una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en España; cuando el trabajador y el empresario tengan nacionalidad española, cualquiera que sea el lugar de prestación de los servicios o de celebración del contrato. Las normas previstas en la legislación española no distan mucho de los criterios articulados en el Reglamento comunitario¹³⁹⁷, no obstante, ha quedado desplazado por las normas comunitarias y solo se aplicará de forma residual a aquellos casos en los que no resulten de aplicación estos instrumentos o cualquier otra norma internacional suscrita entre nuestro país y cualquier otro Estado¹³⁹⁸.

¹³⁹⁶ Art. 21 Reglamento 44/2001, art. 23 Reglamento 1215/2012.

¹³⁹⁷ Tanto las normas comunitarias como las nacionales usan el domicilio como elemento esencial para determinar la competencia. No obstante, una de las principales diferencias del criterio mantenido por la LOPJ con las normas europea es que la norma de conflicto española no permite el pacto de sumisión a ninguna jurisdicción –ni de forma expresa ni tácita– entre las partes. MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, José, “Aspectos jurídico-laborales” en MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana (Dir.), *La expatriación de trabajadores*, op. cit., pp. 180. La jurisprudencia ha llegado incluso a estimar la nulidad de la cláusula de sumisión pactada entre las partes en el contexto puramente nacional, *vid.* STS de 24 de abril de 2000 (R° 3341/1999).

¹³⁹⁸ Las similitudes entre el artículo 25.1 LOPJ con las normas previstas en las regulaciones internacionales junto con la aplicación preferente de estas últimas, hace que sea excepcional el escenario en el que podamos aplicar la normativa nacional, pues incluso aunque confluyan numerosos elementos de extranjería en una misma relación laboral (contratación en destino, nacionalidad extranjera del trabajador, prestación de servicios en el extranjero, etc.) se deberá aplicar el Convenio de Bruselas o los Reglamentos Bruselas, según la fecha del conflicto, en la medida en la que el empleador tenga su domicilio en un Estado miembro (STS de 12 de junio de 2003, R° 4231/2002). Vigente el Convenio de Bruselas, el contexto más importante en el que se recurría al artículo 25.1 LOPJ para determinar la competencia eran aquellos casos en los que el empleador no estaba domiciliado en ningún Estado miembro. La LOPJ permitía demandar ante nuestros tribunales cuando el trabajador fuera español. La incorporación al Reglamento Bruselas I bis de la posibilidad de demandar a empleadores no domiciliados en un Estado miembro no excluye la aplicación de las reglas contenidas en el artículo 25.1 LOPJ, pero limita mucho su aplicación GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. y SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Sara, “El nuevo Reglamento Bruselas I: Qué ha cambiado en el ámbito de la competencia judicial” op. cit., pp. 14. Tras la entrada en vigor del Reglamento Bruselas I los casos en los que se puede aplicar el 25.1 son aquellos casos en los que un trabajador preste sus servicios para un empleador no domiciliado en un Estado miembro fuera de las fronteras de la Unión. En esos casos el 25.1 LOPJ declara la competencia de nuestros tribunales si el trabajador es español o si el contrato se suscribió en nuestro país. De igual forma, se aplicará la normativa española en aquellos casos en los que el empleador quiera demandar a un trabajador que no tenga su domicilio en la Unión Europea, pero que sea nacional de nuestro país, suscribiera

La aplicación, por tanto, de la LOPJ es muy restringida y excepcional en los conflictos individuales de trabajo; al contrario que en los conflictos colectivos donde el foro vendrá determinado exclusivamente por el artículo 25.2 LOPJ, pues estas materias – al igual que los conflictos referidos a la Seguridad Social– quedan fuera del ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas, de los Reglamentos Bruselas I y I bis y de los Convenios de Lugano I y II.

El apartado segundo del artículo 25 LOPJ permite a nuestros tribunales conocer de las pretensiones en materia de control de legalidad de los convenios colectivos de trabajo celebrados en España y de las pretensiones derivadas de conflictos colectivos de trabajo promovidos en territorio español.

Respecto del control de legalidad de los convenios colectivos, la terminología usada en la LOPJ es confusa y tremendamente desafortunada. En ninguna de las normas procesales del orden social ha existido un procedimiento sobre el control de legalidad de convenios colectivos. Desde 1990, sí podemos encontrar un proceso especial sobre impugnación de convenios colectivos¹³⁹⁹. Este procedimiento admite la impugnación de los convenios colectivos por conculcar la legalidad vigente o lesionar gravemente el interés de terceros. Ello ha hecho defender a la doctrina que, a pesar de la literalidad de la norma de conflicto internacional, no existe razón que justifique esos dos motivos de impugnación cuando se está en el Derecho Interno y solo uno de ellos –el de legalidad– cuando se está ante un conflicto transnacional¹⁴⁰⁰.

Este proceso puede articularse independientemente de la eficacia del acuerdo colectivo que se pretenda impugnar. Ahora bien, la parte accionante deberá probar la celebración del acuerdo de responsabilidad social corporativa en territorio español.

La limitación territorial provoca, por tanto, que los tribunales españoles no podrán conocer de las demandas colectivas planteadas frente a los instrumentos de responsabilidad social corporativa celebrados fuera de nuestras fronteras. No obstante, cerrada la vía directa de impugnación, siempre quedaría expedita la reclamación indirecta. Es decir, la posibilidad de que en cualquier pleito el juez

el contrato de trabajo en nuestro país o el empleador sea español. Además, se podrá recurrir al foro previsto en el art. 25.1 LOPJ, cuando el trabajador español sea contratado directamente en un Estado fuera de la Unión Europea o cuando se traslade definitivamente a un trabajador fuera de la UE rompiendo todo lazo con la empresa de origen, al respecto, *vid.* MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, José, “Aspectos jurídico-laborales” en MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana (Dir.), *La expatriación de trabajadores*, *op. cit.*, pp. 182.

¹³⁹⁹ Vid. Artículos 163 a 166 de la vigente LRJS.

¹⁴⁰⁰ MOLINER TAMBORERO, Gonzalo, “La competencia judicial...”, *op. cit.*, p. 463; LOUSADA AROCHENA, José Fernando y RON LATAS, Ricardo Pedro, *El contrato de trabajo internacional*, *op. cit.* pp.67.

español, tras el análisis de la norma celebrada en el extranjero, considere contraria a la legalidad española dicha norma y no la aplique¹⁴⁰¹.

En cuanto a las previsión del artículo 25.2 LOPJ relativa a las pretensiones derivadas de los conflictos colectivos de trabajo promovidos en territorio español, parece claro que el artículo 25 se está refiriendo a las acciones que se sustancian conforme al capítulo VIII del Título II de la LRJS, sobre el proceso de conflictos colectivos (artículos 153 a 162)¹⁴⁰². Debemos entender incluidos entre las acciones que permiten la impugnación a través de este procedimiento los códigos de conducta –como decisión empresarial de carácter colectiva (art. 153 LRJS)– y los Acuerdos Marco Globales –como convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, pactos o acuerdos de empresa (igualmente art. 153 LRJS)–¹⁴⁰³.

Más interrogantes interpretativos presenta la amplitud territorial prevista por el propio artículo 25.2 LOPJ para pretensiones derivadas conflictos colectivos. Una primera lectura del mismo lleva a entender que los tribunales españoles podrán conocer de todos los conflictos colectivos que se les presente por el mero hecho de que les haya sido presentada la demanda en cuestión, independientemente de que existan o no vínculos con nuestro país. Por tanto, a priori nuestros tribunales deberían conocer de una demanda para interpretar un instrumento de responsabilidad social corporativa francés, negociado en china y cuya aplicación se desarrolle, por ejemplo, en India, es decir, sin ningún tipo de vinculación con el ordenamiento español, por el simple hecho de que la demanda fuera presentada ante nuestros tribunales.

La lectura literal ha ido cuestionada y se ha sostenido que, como mínimo, la competencia de los tribunales españoles solo podrá mantenerse cuando se trate de un conflicto colectivo sobre un instrumento de responsabilidad social corporativa que haya de desplegar sus efectos en nuestro país¹⁴⁰⁴. Sin embargo, esta relectura, como acertadamente ha sido advertido por la doctrina¹⁴⁰⁵, impediría que nuestros tribunales conocieran de cualquier conflicto derivado de la aplicación e interpretación de los instrumentos de responsabilidad social corporativa, pues estos problemas surgen con

¹⁴⁰¹ MOLINER TAMBORERO, Gonzalo, “La competencia judicial...”, *op. cit.*, p. 466.

¹⁴⁰² Parece acertado interpretar la amplitud de la redacción del artículo 25.2 LOPJ, cuando habla de “pretensiones derivadas de conflictos colectivos”, en el sentido de que serán competencia de los tribunales españoles los procesos de conflicto colectivo previstos en los art. 153 a 162 LRJS y no cualquier pretensión genérica derivada de cualquier conflicto colectivo entendido este de manera genérica –por ejemplo, huelga o cierre patronal– *vid.* MOLINER TAMBORERO, Gonzalo, “La competencia judicial...”, *op. cit.*, p. 467.

¹⁴⁰³ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “Eficacia jurídica de los productos...”, *op. cit.*, p. 483.

¹⁴⁰⁴ En este sentido, se afirma que solo deben presentarse ante nuestros tribunales aquellos conflictos que sean susceptibles de ser resueltos en él con la eficacia que resulta del alcance territorial del poder judicial, *vid.* MOLINER TAMBORERO, Gonzalo, “La competencia judicial...”, *op. cit.*, p. 469.

¹⁴⁰⁵ BAYLOS, GRAU, Antonio, “Códigos de conducta y acuerdos-marco...”, *op. cit.*, p. 133.

carácter generalizado en los centros de producción de las empresas transnacionales situados en los Estados en vías de desarrollo.

En consecuencia, se ha de proponer una interpretación sistemática del art. 25.2 LOPJ¹⁴⁰⁶. En primer lugar, los tribunales españoles podrían conocer de aquellos conflictos surgidos a partir de acuerdos que hayan sido celebrado en España, lo que puede deducirse fácilmente por conexión con el procedimiento de impugnación de convenios colectivos, con el que existen notorias similitudes, aunque su aplicación se produzca en Estado distinto. Por coherencia del sistema, también cabría la impugnación de aquellos acuerdos en los que el demandado, normalmente la empresa, tenga su domicilio en nuestro País, lo que podría ser inferido del artículo 25.1 LOPJ y del artículo 36.1 Ley 10/1997, que prevén este foro para las demandas en materia de derechos y obligaciones derivados de contrato de trabajo y para aquellas cuestiones suscitadas en los procedimientos de información y consulta en empresas de dimensión comunitaria, respectivamente. Debe advertirse que en este supuesto, en caso de que el acuerdo celebrado en país distinto de España sea impugnado con base en el domicilio del demandado, su contenido deberá ser probado como cualquier otra norma internacional que se alegue ante nuestros tribunales (art. 281.2 LEC).

No obstante, dada la naturaleza de la responsabilidad social corporativa quizá sea más adecuado defender una interpretación literal del artículo 25.2 LOPJ y, por tanto, una jurisdicción universal laboral, por otra parte una institución nada extraña en nuestro ordenamiento¹⁴⁰⁷.

Ya hemos señalado que los efectos más notables de la responsabilidad social corporativa suelen desarrollarse en Estados con estándares laborales menos avanzados, en los que las reclamaciones laborales no siempre obtienen la tutela necesaria. En consecuencia, es innegable el interés de las organizaciones sindicales mundiales y/o nacionales por mantener o elevar los estándares laborales en esos países en vías de desarrollo, persiguiendo la vulneración de derechos laborales básicos como el uso de mano de obra infantil, el trabajo forzoso o la imposición de jornadas laborales extenuantes que pongan en riesgo la salud y la propia vida de los trabajadores. Por ello, puede ser aconsejable dejar abierta la posibilidad de obtener la tutela los tribunales españoles como medio para reparar las execrables vulneraciones de derechos.

Es cierto que la desvinculación de las partes o del instrumento de responsabilidad social corporativa con nuestro ordenamiento dificulta la eficacia del pronunciamiento

¹⁴⁰⁶ BAYLOS, GRAU, Antonio, “Códigos de conducta y acuerdos-marco...”, *op. cit.*, p. 133.

¹⁴⁰⁷ Recuérdese que en el orden penal, hasta la polémica reforma operada por la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, operaba la llamada justicia universal en delitos.

judicial¹⁴⁰⁸. Sin embargo, no debe infravalorarse la influencia que una sentencia condenatoria pueda ejercer sobre las decisiones de una empresa transnacional. Téngase en cuenta que la responsabilidad social corporativa persigue principalmente la mejora de la reputación de las empresas, por tanto, una condena de un Estado por vulneración de derechos laborales básicos puede tener una proyección notable que termine obligando a la empresa condenada a reparar la infracción cometida, aunque el pronunciamiento judicial no pueda ser ejecutado de manera directa, por ejemplo, porque la infracción haya sido cometida en otro territorio sobre el que nuestro país no tiene jurisdicción.

En cualquier caso, aunque se aceptara la validez y razonabilidad del argumento esgrimido, no es esperable un alud de demandas pues, como también ya ha sido referido, las organizaciones sindicales internacionales no buscan en la responsabilidad social corporativa un argumento jurídico para la presentación de demandas, sino la institucionalización de la negociación colectiva transnacional. Por tanto, solo aquellas vulneraciones más graves y flagrantes de derechos laborales básicos, que no hayan encontrado reparación por otras vías o ante tribunales con mayores puntos de conexión con el asunto a tratar, serán presentadas ante nuestro tribunales.

Una vez aceptada la competencia de los tribunales españoles en los procedimientos de conflicto colectivo y de impugnación de convenios, debemos referirnos brevemente a la determinación de la capacidad y legitimación.

En el caso de los Acuerdos Marco Globales se ha defendido que los órganos de control interno, que suelen incorporar de manera casi unánime, deben ser asimiladas a las comisiones paritarias de los convenios colectivos y, por tanto, dirigirse ante este órgano con carácter previo al conflicto¹⁴⁰⁹.

En cuanto a los sujetos legitimados para promover estos procesos, el conflicto colectivo pueden instarse por los sindicatos cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto. Por tanto, teniendo en cuenta que el conflicto será transnacional deberían instar estos procedimientos las federaciones sindicales internacionales. Respecto de la impugnación de los acuerdos suscritos, resultarán habilitados para interponer este procedimiento aquellos actores que hayan participado en la elaboración del mimos (tal y como hemos visto podrían ser las federaciones

¹⁴⁰⁸ Precisamente, en defensa de una interpretación mucho más restrictiva que la sistemática, aquí defendida, o la literal, se ha señalado que solo se podrán presentar ante nuestro tribunales aquellos conflictos que sean susceptibles de ser resueltos en él con la eficacia que resulta del alcance territorial del poder judicial, *vid.* MOLINER TAMBORERO, Gonzalo, “La competencia judicial...”, *op. cit.*, p. 469.

¹⁴⁰⁹ BAYLOS, GRAU, Antonio, “Códigos de conducta y acuerdos-marco...”, *op. cit.*, p. 134.

sindicales, los Comités de Empresa Europeos, Comités de Empresa Mundiales, o los sindicatos nacionales, según cada caso).

Finalmente, resueltas las incógnitas sobre el foro competente en caso de conflictos entre empleadores y trabajadores, debemos resaltar que la determinación de los tribunales competentes para conocer de los conflictos entre dos o más organizaciones sindicales y los conflictos entre sindicatos y asociaciones empresariales, incluido en ambos casos las reclamaciones por responsabilidad por daños, no puede efectuarse acudiendo al foro previsto en el artículo 25 LOPJ¹⁴¹⁰, pues este artículo no resuelve los tribunales competentes para todos conflictos que pueden surgir fruto de las negociaciones colectivas en las empresas transnacionales¹⁴¹¹.

En particular, en estos casos, se podrá recurrir al foro previsto para la responsabilidad cuasidelictual del Reglamento Bruselas I cuando ello sea posible, es decir, cuando el demandado esté domiciliado en territorio comunitario, ex artículo 7.2) RBI bis. De no estarlo, deberemos acudir al foro de la responsabilidad extracontractual nacional, previsto en el artículo 22.2 LOPJ –que exige que en materia de obligaciones extracontractuales, cuando el hecho del que deriven haya ocurrido en territorio español o el autor del daño y la víctima tenga su residencia habitual común en España–. Aunque la competencia sea declarada aplicando normas civiles, la competencia en nuestro país corresponderá al orden social en virtud del artículo 2.f LRJS. El mismo criterio ha de aplicarse a las reclamaciones por responsabilidad del sindicato o de asociación empresarial previstas en el art. 2.m LRJS.

¹⁴¹⁰ LOUSADA AROCHENA, José Fernando y RON LATAS, Ricardo Pedro, *El contrato de trabajo internacional*, op. cit. pp. 66.

¹⁴¹¹ En este sentido, aunque con menor importancia en el contexto transnacional, tampoco encuentran acomodo en el artículo 25 LOPJ la determinación de los tribunales competentes para conocer de las reclamaciones en materia electoral; las que tengan que ver con la constitución y reconocimiento de personalidad jurídica del sindicato o de asociaciones empresariales, impugnación de sus estatutos, y su modificación, el régimen disciplinario interno del sindicato o de la asociación empresarial. La impugnación de resoluciones administrativas de la autoridad laboral recaídas en los procedimientos previstos en el apartado 3 del artículo 47 y en el apartado 7 del artículo 51 ET, así como las recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral y sindical; las demás impugnaciones de otros actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho Administrativo en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia laboral y sindical que pongan fin a la vía administrativa; las reclamaciones contra las Administraciones públicas, incluido el Fondo de Garantía Salarial, cuando les atribuya responsabilidad la legislación laboral, tampoco entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 25 LOPJ. En este caso, podemos recurrir al artículo 24 LOPJ, que atribuye la competencia a la jurisdicción española siempre que el acto impugnado sea de un poder público español. Al respecto, LOUSADA AROCHENA, José Fernando y RON LATAS, Ricardo Pedro, *El contrato de trabajo internacional*, op. cit. pp. 68.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La evolución de los sistemas productivos y los cambios en la demanda de los consumidores han modificado los organigramas clásicos de las empresas para convertirlos en otros mucho más complejos. La transformación es aún más notoria en el contexto transnacional, donde las compañías están sometidas a regímenes jurídicos heterogéneos.

En su momento, los cambios empresariales producidos en el entorno nacional para favorecer la flexibilidad empresarial –subcontratación, recurso a empresas de trabajo temporal,...–, generaron situaciones hasta entonces no contempladas en el ámbito de la representación de los trabajadores y requirieron una respuesta normativa que resultara adecuada a las entonces novedosas organizaciones productivas. A esas transformaciones se les han añadido otras derivadas de la internacionalización de las sociedades que generan, como entonces, nuevos problemas y requieren nuevas soluciones.

Las fusiones, adquisiciones y alianzas estratégicas a nivel internacional son instrumentos idóneos para que las empresas transnacionales consigan incrementar de forma rápida su cuota de mercado en otros Estados y para lograr reducir sus costes de producción, al conseguir economías de escala globales.

Las diferentes estrategias transnacionales que ponen en marcha las empresas en su internacionalización confluyen habitualmente en dos estructuras básicas que protagonizan la expansión de estas sociedades, las redes por coordinación y por dominación. Ambas fórmulas pueden ser identificadas también en el mercado nacional, pero en el contexto

global son protagonistas absolutas y fuente de conflictos en la articulación de la representación de los trabajadores.

Por una parte, las empresas por dominación, con vínculos societarios o contractuales estables, facilitan tener un control exhaustivo de los sujetos que intervienen en el proceso productivo. Por su parte, las empresas por coordinación, con eventuales vínculos contractuales o relaciones temporales, permiten adaptarse de forma más flexible a las necesidades cambiantes de la oferta y la demanda internacional.

Las redes empresariales transnacionales –empresas por coordinación o por dominación– son una unidad económica indivisible en su proceso productivo. No obstante, en su desarrollo deben respetar necesariamente las legislaciones nacionales de los Estados en los que operan. De tal suerte que las empresas transnacionales, aunque estén sometidas a una dirección única, deberán adoptar la forma jurídica que imponga cada Estado. Formalmente cada sociedad gozará de independencia y personalidad jurídica propia independiente de la matriz que dicta o coordina las órdenes de la red.

SEGUNDA. Las legislaciones laborales nacionales no dan una respuesta satisfactoria a la necesidad de regular la representación de los trabajadores ante la evolución organizativa de las empresas, especialmente en el contexto transnacional.

Las legislaciones laborales nacionales se han visto superadas en numerosas ocasiones por la evolución, mucho más flexible y cambiante, de la organización empresarial. Los Estados han ido adaptando las necesidades de representación de los trabajadores, con mayor o menor acierto, a las nuevas formas de producción – subcontratación, empresas de trabajo temporal o grupos empresariales–, pero no han tenido la misma sensibilidad acometiendo las reformas necesarias para articular la representación de los trabajadores en el contexto de la producción transnacional.

En el mejor de los casos, los legisladores nacionales contemplan la representación de los trabajadores en las redes empresariales solo dentro de sus fronteras, sin proyectar más allá sus efectos. Pero ignorar la realidad transnacional, en la que operan las redes empresariales, provoca distorsiones inadmisibles en la representación de los trabajadores. Así, en la medida en que las redes empresariales transnacionales se articulan sobre compañías nacionales, la articulación de la representación de los trabajadores se produce también sobre dicha

estructura. Ello provoca que los representantes de los trabajadores se vean obligados, en muchos casos, a tener como interlocutores a empleadores aparentes que ocupan la posición del verdadero empleador, la red internacional.

La interposición de figuras jurídicas dificulta, por tanto, la interlocución de los representantes de los trabajadores con el empleador real, provocando que los procesos de negociación o de información y consulta resulten sumamente cuestionados. Los representantes se ven obligados a articular estos procesos con sujetos que en muchas ocasiones no tienen la autoridad o capacidad suficiente para modificar la decisión adoptada –por ejemplo, reestructuraciones globales decididas por la matriz, pero que deben ser ejecutadas formalmente por las direcciones nacionales al amparo de las legislaciones estatales– o no disponen de los medios suficientes para actuar adecuadamente como interlocutores –como aquellos casos en los que solo disponen estrictamente de la información que la matriz ha decidido ofrecer–.

La interposición de figuras societarias entre el verdadero empleador y los trabajadores en cada uno de los Estados plantea dificultades adicionales derivadas de las distintas tradiciones laborales a las que estas sociedades pueden estar sometidas.

Pero las distorsiones no afectan solo a la figura del empleador transnacional. También la propia articulación de los representantes de los trabajadores resulta afectada. La configuración de las redes empresariales transnacionales determina la dispersión de los representantes de los trabajadores entre los diferentes Estados y la dificultad de diseñar y ejecutar una estrategia y unos objetivos comunes a todos los trabajadores.

Es evidente, por tanto, que la representación de los trabajadores debe adaptarse a este nuevo contexto sobre el que se construyen las redes transnacionales. Este proceso puede verse impulsado a través de alguno de los instrumentos ya previstos normativamente o que han resultado de algunas experiencias prácticas –Comité de Empresa Europeo o Mundial, Acuerdos Marco Globales, implicación de los trabajadores en la gestión societaria...–, que pueden facilitar que los representantes de los trabajadores ejerzan sus funciones ante el verdadero empleador transnacional, independientemente de quién sea la empresa que soporte esa relación laboral e independientemente de la imputación de las responsabilidades que puedan generar las decisiones del empleador.

TERCERA. Es necesario impulsar procesos de negociación colectiva a nivel europeo. Ello sin desmerecer los vigentes procesos de información y consulta en las empresas de dimensión comunitaria articulados en torno a los Comités de Empresa Europeos.

La aprobación de la primera Directiva sobre Comités de Empresa Europeos, Directiva 94/45/CE, permitió establecer canales de coordinación e información entre las organizaciones sindicales nacionales en Europa. Sin duda, este logro es reconocido por los agentes sociales como una fórmula exitosa de acercar las realidades productivas de cada uno de los Estados miembros, pues conectó a los representantes europeos, hasta ese momento con muy pocas vías de intercomunicación. Además, obligó a las direcciones empresariales comunitarias a mantener la coherencia en sus negociaciones con las representaciones nacionales de los trabajadores, pues estas no podían sostener criterios contradictorios en función de intereses empresariales nacionales espurios.

El incremento de la información a disposición de los representantes nacionales ha propiciado que los trabajadores pudieran consolidar prioridades y objetivos comunes, posibilitando con ello que se generen estrategias sindicales a nivel europeo. Sin embargo, tras más de veinte años desde la aprobación de la primera Directiva y pese a la revisión acometida en el año 2009, es necesario repensar el sistema de información y consulta en las sociedades de dimensión europea y avanzar en la coordinación de los diferentes modelos sociales europeos. Paradójicamente, el único proceso negociador a nivel europeo arbitrado por la normativa comunitaria es precisamente el de constitución del Comité de Empresa Europeo, pero, una vez constituido, la unidad de negociación queda vacía de contenido, salvo que las partes decidan lo contrario. Lo que no suele ocurrir salvo en supuestos muy excepcionales y para negociar medidas muy concretas.

Por tanto, la Unión Europea debería favorecer que las direcciones empresariales de las sociedades de dimensión comunitaria y la representación de los trabajadores entablen procesos de negociación para acercar las condiciones laborales en los Estados miembros y fortalecer la representación de los trabajadores en el nivel comunitario, porque no parece que las relaciones laborales vayan a renacionalizarse de nuevo, todo lo contrario, cada vez son más globales.

Por tanto, una Europa más social, que de respuestas a las crecientes reivindicaciones ciudadanas, reclamando el fortalecimiento y defensa

del modelo social europeo, requiere de la consolidación del Comité de Empresa Europeo

CUARTA. Es necesario potenciar los Comités de Empresa Europeos, adaptando su ámbito territorial, cuantitativo y actuación, para garantizar que desempeñen un papel adecuado en la representación de los trabajadores europeos.

La naturaleza de los Comités de Empresa Europeos está muy condicionada por las fronteras de la Unión Europea. Estos órganos están compuestos fundamentalmente por representantes europeos, pese a que la propia Directiva sobre Comités de Empresa Europeos contempla la posibilidad de incorporar a representantes de terceros Estados ajenos a la Unión Europea. En atención a la experiencia acumulada y a la consolidación de los Comités de Empresa Europeos, sería conveniente que la normativa comunitaria en los grupos transnacionales con sociedades en Estados no miembros apostara por incorporar obligatoriamente a representantes de esos terceros Estados, al menos con voz pero sin voto. Esta simple apertura apuntalaría la construcción de mejores instrumentos de representación transnacional de los trabajadores, toda vez que el desarrollo de los Comités Mundiales no avanza a la celeridad deseable.

Es necesario, además, actualizar el umbral del número de trabajadores empleados a partir del cual la constitución del Comité de Empresa Europeo deviene obligatorio, que ahora limita este órgano a las grandes empresas. Esta restricción choca con la reducción generalizada del número de trabajadores en las empresas europeas provocada por la deslocalización y descentralización productiva. Además, la reducción de plantillas fruto de estos fenómenos se deja notar especialmente en los otrora poderosos sectores industriales europeos, generadores intensivos de puestos de trabajo, en los que hasta ahora el Comité Europeo tenía mayor implantación.

La contracción del tamaño de la plantilla empresarial, por tanto, aconseja reducir el número de trabajadores requeridos por la Directiva 2009/38 para constituir el Comité de Empresa Europeo. De lo contrario, este órgano de representación cada vez tendrá un papel menos destacado y terminará por perder su capacidad para garantizar la información o consulta de los trabajadores europeos.

Es cierto que las empresas de pequeño tamaño y dimensión comunitaria pueden, en su caso, constituir la representación de sus trabajadores al

amparo de la legislación sobre Sociedades Anónimas Europeas, que no contempla ninguna exigencia cuantitativa para la articulación de los representantes de los trabajadores. Pero esa posibilidad no palía las carencias de los Comités de Empresa Europeos. En primer lugar, porque las Sociedades Anónimas Europeas tienen aún una más baja presencia en el mercado europeo que los Comités de Empresa Europeos, por lo que obviamente no puede argüirse que supla sus carencias. En segundo lugar, porque la articulación de la representación de los trabajadores a través de la Sociedad Anónima Europea requiere la transformación de sociedades previamente constituidas al amparo de las legislaciones nacionales.

Por tanto, sería deseable permitir a todas las sociedades de dimensión europea, independientemente del tamaño de sus plantillas, que pudieran optar directamente por la constitución de un Comité de Empresa Europeo.

Finalmente, en cuanto a los grupos de empresas, la Directiva vincula las negociaciones para incorporar estos instrumentos a aquellas empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria en los que una sociedad ejerza el control sobre otra, entendiendo que dicho control existe cuando la empresa pueda ejercer una influencia dominante en otra empresa. Esta literalidad ha provocado que los Comités de Empresa Europeos vengán a constituirse exclusivamente en empresas por dominación, provocando la exclusión de las redes por coordinación en los mecanismos institucionalizados europeos de representación de los trabajadores.

Por tanto, igualmente sería aconsejable que los Comités de Empresa Europeos incorporaran expresamente en su ámbito de aplicación las empresas por coordinación, al menos a aquellas que mantengan vínculos más estables, aunque tengan naturaleza temporal. Ello garantizaría una coherencia en las estrategias sindicales y permitiría a las direcciones de estas sociedades mantener una interlocución directa con representantes autorizados de los trabajadores.

QUINTA. La participación de representantes de los trabajadores en los órganos de gestión empresarial puede ser valorada como una fórmula avanzada de información, consulta y negociación.

Aunque la participación en los Consejos de Administración o de Supervisión suele ser vista como una fórmula de cogestión más que de representación, lo cierto es que es un instrumento para canalizar las

necesidades de representación en el nivel transnacional, donde los mecanismos de información, consulta y negociación son muy precarios, cuando no inexistentes.

La participación de los representantes de los trabajadores en la gestión ordinaria de la sociedad facilita que el acceso directo a información sobre las estrategias globales de las sociedades y, por tanto, favorece que las organizaciones sindicales internacionales puedan desarrollar mejores planes de protección y defensa de los derechos de los trabajadores en este tipo de empresas.

Es cierto que la implicación de los trabajadores no se encuentra muy desarrollada internacionalmente, más allá de las normas de cogestión aprobadas en el seno de la Unión Europea. Sin embargo, debe apreciarse que la participación en la cogestión europea permite acceder a los representantes de los trabajadores a todas las decisiones societarias y no solo a aquellas que determine la dirección empresarial, al menos, cuando la sede principal de la sociedad se encuentre dentro de las fronteras comunitarias.

La participación de los trabajadores en los órganos de decisión y control empresariales es importante, incluso cuando se limita a la mera asistencia a las deliberaciones del Consejo con voz, pero sin voto. Situar a representantes de confianza de los trabajadores en estos órganos les permite acceder a una información mucho más profunda de las actividades y del estado de la sociedad. Además, favorece que la dirección empresarial forme sus decisiones teniendo en cuenta otros elementos de juicio diferentes de los que habitualmente condicionan su toma de decisiones, haciéndolas normalmente menos traumáticas para la plantilla. Asimismo, cuando las decisiones han sido adoptadas con la participación de los trabajadores suelen ser percibidas de manera más favorable por los empleados, generando un compromiso más profundo en su cumplimiento.

SEXTA. Pese a los evidentes efectos positivos de la participación de los trabajadores en los órganos de dirección y control de las sociedades, tanto desde el punto de vista de la toma de decisiones como desde el de la representación de los trabajadores, la Unión Europea no ha fomentado ni garantizado estos procesos.

A diferencia de los procesos de información y consulta, instrumentos de implicación de los trabajadores contemplados por las Directivas comunitarias como procedimientos necesarios que merecen ser

incorporados y desarrollados en las sociedades de dimensión comunitaria, incluidas las Sociedades Anónimas Europeas, la participación de los trabajadores en los órganos de dirección y control empresariales no recibe el mismo tratamiento. Quizá ello se explique en la fuerte oposición empresarial a esta figura, que es percibida negativamente como una intromisión ilegítima de los trabajadores en la dirección empresarial.

El régimen normativo de las Sociedades Anónimas Europeas solo contempla la participación de los trabajadores en sus órganos de dirección o supervisión cuando las sociedades que participan en la constitución de la sociedad europea contemplaran, previamente a la formalización de la misma, la participación de sus propios trabajadores, bajo el principio “antes-después”, o en caso de acuerdo entre las partes.

Un sistema de participación que solo resulta aplicable si previamente las sociedades nacionales, que participan en la constitución de la Sociedad Anónima Europea, contemplaban algún grado de participación de sus trabajadores o previo acuerdo de las partes negociadoras, cuando las direcciones empresariales son reacias a aceptar la participación de sus trabajadores, es decepcionante porque no incentiva a las compañías a ir más allá en la negociación. Además, tampoco estimula a aquellas sociedades que no hubieran contemplado la participación de sus trabajadores a hacerlo tras su transformación o participación en la constitución de una Sociedad Anónima Europea.

Por tanto, la implicación de los trabajadores en la gestión debería fomentarse claramente como mecanismo de participación de los trabajadores, pues puede llegar a cobijar verdaderos procesos de negociación no reglados dentro del propio órgano de dirección, aunque los representantes de los trabajadores no estén representados en el mismo porcentaje que los representantes de la dirección.

SÉPTIMA. El déficit de publicidad de los instrumentos europeos sobre la representación de los trabajadores dificulta la identificación y rectificación de irregularidades o deficiencias y perjudica la difusión de las buenas prácticas.

Aunque el ordenamiento jurídico comunitario es el gran referente en la articulación de instrumentos eficaces de representación de los trabajadores a nivel transnacional –a través del Comité de Empresa Europeo o de la implicación de los trabajadores en las Sociedades

Anónimas—, lo cierto es que presenta importantes lagunas en cuanto al control y publicidad de estos mecanismos de representación.

En cuanto a los Comités de Empresa Europeos, sería adecuado que se pusiera en marcha un registro europeo, auspiciado por la Comisión Europea, que recogiera las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria que cumplen los requisitos necesarios para poder constituir un Comité de este tipo. Este registro facilitaría determinar en qué empresas podría constituirse este órgano de representación supranacional.

El registro y la publicación de los propios acuerdos de constitución de los Comités de Empresa Europeos también deben ser fortalecidos. Así, a los efectos de clarificar los instrumentos vigentes y la sede de los diferentes Comité de Empresas Europeos, sería positivo que los diferentes acuerdos de constitución fueran publicados en el DOCE. Ello evitaría que fueran los Estados miembros los que decidan si estos acuerdos merecen algún tipo de publicidad y terminaría con la incertidumbre del Estado en el que debe publicarse la adopción del acuerdo y con las omisiones en la publicación de algunos acuerdos.

Similares problemas se plantean en la constitución de las Sociedades Anónimas Europeas. Si bien es cierto que el artículo 14 del Reglamento 2157/2001 contempla que a través del DOCE se hará pública la inscripción, la baja o el traslado de una Sociedad Anónima Europea, no corren la misma suerte los acuerdos sobre representación de los trabajadores. Sería aconsejable, por tanto, que los acuerdos de constitución del Comité de Empresa Europeo recibieran la máxima publicidad.

OCTAVA. La construcción de la representación de los trabajadores en el contexto transnacional, más allá de las instituciones comunitarias, está dominada por la ausencia de organismos capaces de diseñar e imponer instrumentos al respecto.

Los Estados nación no pueden proyectar de forma eficiente sus legislaciones sobre la representación de los trabajadores fuera de sus fronteras. Tampoco han sido capaces de resolver esa necesidad ni las organizaciones internacionales —Naciones Unidas o la Organización Internacional del Trabajo—, ni incipientes estructuras de representación transnacional —los Comités de Empresa Mundiales y las Redes Sindicales—, ni siquiera las Federaciones Sindicales Internacionales,

todavía sin la suficiente autonomía respecto de las organizaciones sindicales que las componen.

Frente a la incapacidad e inactividad de las organizaciones internacionales para hacer frente al control e impulso de la representación de los trabajadores, adquiere importancia la regulación voluntaria de las empresas transnacionales a través de la Responsabilidad Social Corporativa, ya sea unilateral o negociada.

Puede parecer una fantasía irrealizable confiar en la autolimitación de sujetos que en ocasiones acumulan más poder e influencia que algunos Estados, logrando eludir en muchas ocasiones las legislaciones de estos, para que, además del beneficio de sus accionistas, tenga en cuenta otros objetivos o intereses, como por ejemplo un estándar mínimo de derechos socio-laborales. Sin embargo, apelar a la responsabilidad y a la autocontención se ha consolidado como la fórmula más viable y efectiva para disciplinar la labor de las empresas transnacionales.

En este sentido, la apuesta por la responsabilidad social corporativa supone en cambio de paradigma en la forma de relacionarse entre sí de los protagonistas de las relaciones laborales, empresa y organizaciones sindicales. Comporta en definitiva, aceptar que se pasa del terreno de la confrontación al de la colaboración.

NOVENA. La dimensión interna y externa de la Responsabilidad Social Corporativa exterioriza las necesidades que tienen las propias compañías transnacionales de articular la representación de los trabajadores más allá de los límites tradicionales que han delimitado el concepto clásico de empresa. Además, a la vez suponen el reconocimiento empresarial de la propia existencia de la red empresarial.

Las organizaciones empresariales transnacionales no dejan de ser organizaciones productivas con unas necesidades equiparables a las que poseen las empresas tradicionales. Por ello, necesitan de un interlocutor de los trabajadores válido con el que entablar negociaciones, mecanismos a través de los cuales canalizar las demandas de los trabajadores para mantener la paz social y medios para disciplinar la actuación de sus trabajadores. Sin embargo, la respuesta a estas necesidades no puede provenir de los mecanismos clásicos propios del contexto nacional.

Ante esta situación, las propias redes empresariales internacionales se han dotado de instrumentos de Responsabilidad Social Corporativa que

facilitan la consecución de esas necesidades, junto con otros muy importantes para las direcciones empresariales, como la publicidad.

La facilitación de la negociación con los representantes de los trabajadores, la canalización de las demandas o el mantenimiento del orden han sido articulados a través de la Responsabilidad Social Corporativa, en su dimensión interna –los instrumentos éticas que contienen normas para accionistas y trabajadores–, en las redes por dominación. Mientras que las redes por coordinación lo han hecho de forma mayoritaria a través de instrumentos de Responsabilidad Social Corporativa, en su dimensión externa –aquellos instrumentos que incorporan mandatos para otros sujetos afectados por las actuaciones empresariales, como proveedores, consumidores...–.

La asunción de compromisos éticos, unilaterales o negociados, a través de estos instrumentos de Responsabilidad Social Corporativa, internos y externos, evidencian que las empresas transnacionales reconocen la existencia de sus estructuras empresariales complejas, por dominación o coordinación, aunque los ordenamientos no hayan sido capaces generar normas que den respuesta a sus necesidades de organización.

DÉCIMA. Los órganos e instrumentos de representación de los trabajadores en el contexto transnacional se encuentran poco desarrollados. No obstante, las posibilidades que presentan animan a la esperanza.

Los Comités de Empresa Mundiales y las Redes Sindicales, que son los órganos de representación más importantes existentes en este momento en el contexto internacional, pueden ser la vía para articular en un futuro, aún lejano, la representación de los trabajadores. Para ello, será necesario que los Estados y las organizaciones regionales e internacionales desarrollen más su régimen jurídico y doten a sus acuerdos de la eficacia correspondiente. Además, será necesario que las organizaciones sindicales apuesten de forma clara y decidida por ellos, fomentando su constitución y la difusión de sus logros.

El futuro a corto y medio plazo de la representación transnacional de los trabajadores pasa, por tanto, por otro instrumento algo más desarrollado, los Acuerdos Marco Globales, que son acuerdos de Responsabilidad Social Corporativa negociados con representantes de los trabajadores. Estos instrumentos reconocen más derechos y con mayor profundidad que los instrumentos de éticas unilaterales y, sobre todo, instituyen mecanismos de control y verificación mucho más complejos y con mayores garantías. Ello permite que las organizaciones

sindicales transnacionales puedan desarrollar una mejor defensa de los derechos e intereses de sus representados.

Parece, por tanto, que la eficacia y utilidad del Derecho del Trabajo internacional requiere fortalecer las instituciones negociadas entre las direcciones unitarias transnacionales y la representación de los trabajadores en torno a la Responsabilidad Social Corporativa. En concreto, será necesario que se potencien y desarrollen los Acuerdo Marco Globales para que su experiencia como negociación colectiva transnacional se consolide y se aborden en su seno la regulación de materias más complejas. Asimismo, sería deseable que estos instrumentos ambicionen la equiparación y estandarización de condiciones laborales específicas –jornada, salario, descansos, etc.– y no se limiten solo a recoger principios esenciales de Derecho del Trabajo, como, por ejemplo, la prohibición del trabajo infantil. De igual forma, es necesario arbitrar mecanismos más eficientes para hacer público el contenido de estos Acuerdos, pues ahora solo son difundidos por las propias compañías y, en el mejor de los casos, por recopilaciones parciales.

Cuando los agentes sociales transnacionales consigan incorporar a los Acuerdo Marco Globales las nuevas materias señaladas y se garantice la publicidad de los acuerdos suscritos asistiremos a un nuevo tiempo en el Derecho del Trabajo Internacional.

Finalmente, a pesar de que en la actualidad la negociación colectiva transnacional se encuentra en una fase absolutamente incipiente, la negociación colectiva regional sí puede ser un objetivo factible de lograr a corto o medio plazo. La negociación por regiones es más sencilla que la global porque las regiones suelen compartir condiciones socioeconómicas similares que facilitan el acuerdo de un suelo mínimo entre los agentes sociales negociantes. El establecimiento de condiciones mínimas en estos ámbitos sería sin duda un decidido primer paso hacia la internacionalización de la representación de los trabajadores en las empresas.

LISTADO DE ABREVIATURAS

AMG	Acuerdos Marcos Globales.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CCOO	Sindicato Comisiones Obreras.
CE	Constitución Española.
CIETT	Confederación Internacional de Empresas Privadas de Servicios.
CEN	Confederación Europea de Negocios también conocida como BUSINESSEUROPE.
CES	Consejo Económico y Social.
CESE	Consejo Económico y Social Europeo.
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores.
CSI	Confederación Sindical Internacional.
DrittelbG	Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat (Ley sobre un tercio de participación en el Consejo de Vigilancia), de 18 de mayo de 2004.
EBRG	Legislación alemana: Gesetz über Europäische Betriebsräte o Ley sobre Comités de Empresa Europeos de 28 de octubre de 1996.
ECDB	Base de datos sobre SE del ETUI.
EE.UU.	Estados Unidos de Norteamérica.
ET	Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE de 24 de octubre de 2015).

ETT	Empresas de Trabajo Temporal.
ETUC	Confederación de Sindicatos Europeos.
ETUI	Instituto Sindical Europeo.
FIP	Federación Internacional de la Prensa
FJ	Fundamento jurídico.
GRI	Global Reporting Initiative.
IAEA	Federación Internacional de Trabajadores del sector del Arte y Entretenimiento Global.
ICM	Federación Internacional de Trabajadores de la Construcción y la Madera.
IE	Federación Internacional de Educación.
IED	Inversión Extranjera Directa.
IndustriALL	Federación Internacional de la Industria.
ITF	Federación Internacional de los Trabajadores del Transporte.
IUF	Federación Internacional de trabajadores de la alimentación, Agricultura y Hoteles.
LACEE	Legislación Austria: FEDERAL LAW N° 601 OF 17 OCTOBER 1996 amending the Labour Constitution Act (Arbeitsverfassungsgesetz), the Labour and Social Courts Act (Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz) and the Federal Law on Employee Representation in the Post Office (Bundesgesetz über die Post-Betriebsverfassung).
LCEE	Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.
LCEEse	Legislación Suecia: Act núm. 359 of 9 May 1996 on European Works Councils.
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE 8 de Enero de 2000).
LETT	Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal (BOE de 2 de junio de 1994).

LFCEE	Legislación Francia: Ley 96-985, de 12 de noviembre de 1996, sobre la información y consulta de trabajadores en empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria y el desarrollo de convenios colectivos.
LICEE	Legislación Italia: Decreto Legislativo núm. 74, de 2 de abril de 2002, relativo <i>all'istituzione di un comitato aziendale europeo o di una procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie</i> .
LISOS	Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE de 08 de Agosto de 2000).
LO	Ley Orgánica.
LOLS	Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (BOE de 8 de agosto de 1985).
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE 2 julio de 1985).
LPL	Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral [Vigente hasta el 11 de Diciembre de 2011] (BOE 11 de abril de 1995).
LRJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (BOE de 11 de octubre de 2011).
LUKCEE	Legislación UK: Statutory Instrument núm. 3323, 1999, the Transnational Information and Consultation of Employees Regulations.
MitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (Ley sobre la participación de los empleados), de 4 de mayo de 1976.
MontanG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie (Ley sobre participación de los empleados en los consejos y juntas de vigilancia de las industrias de la minería y el hierro y el acero), de 21 de mayo de 1951.

Núm.	Número.
OEI	Organización Internacional para la Estandarización.
OIT	Organización Internacional del Trabajo.
ONG	Organización no Gubernamental.
ONU	Organización de las Naciones Unidas
Proc.	Procedimiento.
PSI	Federación Internacional de Trabajadores del sector público (PSI).
RJ	Identificador del Repertorio Jurídico de Aranzadi-Westlaw.
Rº	Recurso.
RSC	Responsabilidad Social Corporativa.
SA	Sociedad Anónima.
SCE	Sociedad Cooperativa Europea.
SE	Sociedad Anónima Europea.
SL	Sociedad de Responsabilidad Limitada.
STAN	Sentencia de la Audiencia Nacional.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STJ	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
TRADE	Trabajador económicamente dependiente.
TS	Tribunal Supremo.
UE	Unión Europea.
UES	Unidad Económica y Social o Unité Economique et Sociale.
UGT	Sindicato Unión General de Trabajadores.
UITA	Unión Internacional de Trabajadores de la Alimentación, Agrícolas, Hoteles, Restaurantes, Tabaco y Afines.

UTE	Unión Temporal de Empresas.
------------	-----------------------------

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., Departamento de Asuntos Económicos y Sociales ONU, *Las corporaciones multinacionales en el desarrollo mundial*, Naciones Unidas, Nueva York, 1973.
- AA.VV., *Estatuto de los Trabajadores. Comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, GULLÓN RODRÍGUEZ, Jesús (Dir.), El Derecho, Madrid, 2014, 5ªed., p. 31.
- AGÍS DASILVA, Montserrat, “Apuntes y comentarios en torno a la noción comunitaria de transmisión de unidades empresariales”, en Blasco Pellicer, Ángel (Coord.), *El empresario laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 715-735.
- ALBALATE, Joaquín Juan, “La implantación de los Comités de Empresa Europeos en España”, en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 124, 2008, pp. 177-207.
- ALCALÁ DÍAZ, María Ángeles, “Técnicas jurídico-contractuales de descentralización empresarial”, en AA.VV. (Dir. Gaeta, Lorenzo y Gallardo Moya, Rosario), *Los empresarios complejos: un reto para el Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2010, p.
- ALES, Edoardo, “Información y consulta en la empresa: ¿derecho de los trabajadores u obligación del empresario? Un análisis comparado”, en AA.VV. (Dir. Gaeta, Lorenzo y Gallardo Moya, Rosario), *Los empresarios complejos: un reto para el Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2010, p.
- ALES, Edoardo, ENGBLOM, Samuel, JASPERS, Teun, LAULOM, Sylvaine, SCIARRA, Silvana, SOBCZAK, André y VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “Transnational collective bargaining: past, present and future”, Dirección

General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades, 2006, Bruselas.

ALMENDROS GONZÁLEZ, Miguel Ángel, “El sistema de gestión y control de las «prácticas laborales» en la cadena de suministros de Repsol” en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (Dir.), *La transnacionalización de las relaciones laborales*, Cinca, Madrid, 2015, pp. 163-178.

ALMENDROS GONZÁLEZ, Miguel Ángel, “La eficacia de los Acuerdos Marco Internacionales: implementación y control” en ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (Coord.), *Observatorio de la negociación colectiva: empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización*, Cinca, Madrid, 2010, pp. 547-575.

ALONSO LEDESMA, Carmen, “La constitución de la Sociedad Anónima Europea Holding” en ESTEBAN VELASCO, Gaudencio y FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis (Coords.), *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 385-467.

ALONSO UREBA, Alberto, “Hacia un modelo monista revisado de administración de la SA cotizada como opción al modelo dualista” en ALONSO LEDESMA, Carmen, ALONSO UREBA, Alberto y ESTEBAN VELASCO, Gaudencio (Dir.), *La modernización del derecho de sociedades de capital en España. Cuestiones pendiente de reforma*, Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 567-639.

ÁLVAREZ CUESTA, Henar, “El Comité de empresa europeo como instrumento de participación de los trabajadores a nivel supranacional”, en *Pecunia: Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de León*, núm. 7, 2008, pp. 25-44.

ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio, “Información, consulta y participación de los trabajadores en la empresa” en NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena, *et al.* (Dir.), *Lecciones de derecho social de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 103-124.

ÁLVAREZ GIMENO, Rafael, “La implicación de los trabajadores en la SE y la complejidad del Derecho Social Europeo” en AA.VV., *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007, Madrid, pp. 311-331.

- ÁLVAREZ GIMENO, Rafael, “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea y la transposición de la Directiva 2001/86/CE al ordenamiento español” en *Relaciones Laborales*, 2007, vol. II, pp. 599-633.
- ÁLVAREZ RUBIO, Julio, “El control de la publicidad engañosa en la responsabilidad social de la empresa: problemas y tendencias”, en LÓPEZ CUMBRE, Lourdes (Coord.), *Autonomía y heteronomía en la responsabilidad social de la empresa*, Comares, Granada, 2012, pp. 1259-1288.
- ANTONELLO BENITES, Flavio, “Los Comités de Empresa Europeos y los cambios organizativos en los centros de trabajo”, en RODRÍGUEZ PIÑERO-ROYO, Miguel C. (Coord.), *El empleador en el derecho del trabajo. XVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Tecnos/Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Madrid, 1999, p. 257-276.
- ANTONELLO BENITES, Flavio, “Los Comités de Empresa Europeos y su desarrollo en Alemania” en BAYLOS GRAU, Antonio (Coord.), *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*, Bomarzo, Albacete, 2003, pp. 153-190.
- APARICIO TOVAR, Joaquín y VALDÉS DE LA VEGA, Berta, “La Responsabilidad Social Empresarial como gobernanza democrática de la empresa global” en APARICIO TOVAR, Joaquín y VALDÉS DE LA VEGA, Berta (Dirs.), *La Responsabilidad Social de las Empresas en España: concepto, actores e instrumentos*, Bomarzo, Albacete, 2011, pp. 9-38.
- ARREDONDO TRAPERO, Florina Guadalupe, MALDONADO de LOZADA, Verónica del Carmen, et al., “El consumidor ante la responsabilidad social corporativa. Actitudes según edad y género” en *Cuadernos de Administración*, núm. 24, julio-diciembre 2011, pp. 285-305.
- ARRIGO, Gianni, “La implicación de los trabajadores en la Sociedad europea”, (Trad. Gómez Álvarez, Tomás), en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 52, 2004, pp. 13-29.
- AYUSO MOZAS, Raúl, “Cuestiones sobre la representación de los trabajadores de empresas de trabajo temporal” en AA.VV., *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007, Madrid, pp. 485-502.
- BANO, Fabrizio y VALENTI, Alberto, “El acuerdo marco global de Enel, una multinacional italiana del sector de la energía” en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (Dir.), *La transnacionalización de las relaciones laborales*, Cinca, Madrid, 2015, pp. 181-198.

- BARAÑANO CID, Margarita, “Contexto, concepto y dilemas de la responsabilidad social de las empresas transnacionales europeas: una aproximación sociológica” en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 27, núm. 1, 2009, pp. 19-52.
- BARREIRO GONZÁLEZ, Germán *et al.*, *Trabajadores en el extranjero: desplazados y expatriados. Aspectos fiscales, laborales y de Seguridad Social*, Francis Lefebvre, Madrid, 2002.
- BARTLETT, Christopher A. Y GHOSHAL, Sumantra, *Managing across borders: the transnational solution*, Harvard Business School Press, Boston, 1989.
- BARTLETT, Christopher A., “Building and managing the transnational: the new organizational challenge” en PORTER, Michael E. (ed.), *Competition in global industries*, Harvard Business School, Boston, 1986, pp. 367-401.
- BAYLOS GRAU, Antonio, “Códigos de conducta y acuerdos-marco de empresas globales: apuntes sobre su exigibilidad jurídica” en *Lan Harremanak / Revista de Relaciones Laborales*, núm. 12, 2005-I, pp. 103-138.
- BAYLOS GRAU, Antonio, “Empresa responsable y libre empresa. Una aproximación constitucional” en APARICIO TOVAR, Joaquín y VALDÉS DE LA VEGA, Berta (Dir.), *La Responsabilidad Social de las Empresas en España: concepto, actores e instrumentos*, Bomarzo, Albacete, 2011, pp. 39-62.
- BAYLOS GRAU, Antonio, “Empresas transnacionales y acuerdos marco-globales” en GOÑI SEIN, José Luis (Dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 199-218.
- BAYLOS GRAU, Antonio, “Globalización y Derecho del Trabajo: realidad y proyecto”, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 15, 1999, pp. 19-49.
- BAYLOS GRAU, Antonio, “La autonomía colectiva en el Derecho Social Comunitario” en BAYLOS GRAU, Antonio (Coord.), *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*, Bomarzo, Albacete, 2003, pp. 17-61.
- BAYLOS GRAU, Antonio, “Prestación de trabajo y partes del contrato” en GAETA, Lorenzo y GALLARDO MOYA, Rosario (Dir.), *Los empresarios complejos: un reto para el Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2010, p.
- BAYLOS GRAU, Antonio, “Representación en la empresa y audiencia electoral. Notas sobre el mecanismo representativo español” en ROMERO RODENAS, María José (Coord.), *Aspectos conflictivos de las elecciones Sindicales*, Bomarzo, Albacete, 2006, pp. 11-24.

BAYLOS GRAU, Antonio, “Un instrumento de regulación: Empresas transnacionales y acuerdos marco globales”, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 27, 2009, pp. 107-125.

BAYLOS GRAU, Antonio, *Derecho del trabajo, modelo para armar*, Trotta, 1991.

BAZ TEJEDOR, José Antonio, “La ética de las empresas transnacionales y su proyección jurídico-laboral”, en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (Dir.), *La dimensión laboral de la internacionalización de la empresa española*, Cinca, Madrid, 2014, pp. 41-58.

BAZ TEJEDOR, José Antonio, “Responsabilidad social empresarial y participación de los trabajadores” en AA.VV., *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007, Madrid, pp. 85-106.

BEFFA, Jean-Loius y CLERC, Christophe, *Les chances d'une codétermination à la française*, The cournot Centre and Foundation, Prisme núm. 26, enero 2013.

BENEYTO, Pere J., “La representación de los trabajadores en la Unión Europea y España”, en *Estudios Fundación Primero de Mayo*, número 78, febrero 2014.

BERCUSSON, Brian, “Implementación y seguimiento de los acuerdos transfronterizos: el papel potencial de las acciones colectivas transfronterizas”, en PAPADAKIS, Konstantinos (ed.), *Diálogo Social y Acuerdos Transfronterizos*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009, pp. 165-195.

BOGONI, Milena, *El Comité de Empresa Europeo*, Bomarzo, Albacete, 2010.

BOIRAL, Olivier, “Certificar la buena conducta de las empresas. Retos, problemas y perspectivas” en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 122, núm. 3, 2003, pp. 351-375.

BOIX LUCH, Isidor, “Intervención sindical en la cadena de valor de las empresas multinacionales para una eficaz aplicación de los compromisos de RSE: la experiencia de Inditex” en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (Dir.), *La transnacionalización de las relaciones laborales*, Cinca, Madrid, 2015, pp. 117-128.

BOIX, Isidor y DOZ, Javier, “Ante el segundo Congreso de la CSI” en *Gaceta Sindical. Reflexión y debate*, núm. 14, junio 2010, pp. 351-366.

BOQUERA MATARREDONA, Josefina, “La transformación de la Sociedad Anónima española en Sociedad Anónima Europea y viceversa” en BOQUERA

- MATARREDONA, Josefina, *La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 229-256.
- BOQUERA MATARREDONA, Josefina, “Personalidad jurídica, inscripción, estatutos y publicidad registral de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España” en BOQUERA MATARREDONA, Josefina, *La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 97-123.
- BRIEFS, Goetz, *Entre capitalismo y sindicalismo situación crítica de la asociación obrera*, Rialp, 1955.
- BUENO CAMPOS, Eduardo, CRUZ ROCHE, Ignacio y DURÁN HERRERA Juan José, *Economía de la empresa. Análisis de las decisiones empresariales*, Pirámide, Madrid, 2002, Reimpresión.
- BUSCHACK, Willy, “Balance del funcionamiento de los Comités de Empresa Europeos” en CCOO, *Los Comités de Empresa en España*, Madrid, 2001, pp. 9-18.
- CALVO GALLEGO, Francisco Javier y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel C., “Responsabilidad Social Corporativa: ¿Un nuevo instrumento para las políticas laborales?” en FERNÁNDEZ LÓPEZ M^a Fernanda (Dir.), *Política social Europea y Comunidades Autónomas*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2007, pp. 329-362.
- CALVO GALLEGO, Francisco Javier, “Códigos de conducta y obligaciones éticas de los trabajadores: análisis jurídico” en GOÑI SEIN, José Luis (Dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 263-317.
- CALVO GALLEGO, Francisco Javier, “Representación y acción sindical en la empresa” en FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel C. (Dirs.), *Relaciones laborales y empresas de trabajo temporal*, Ediciones Laborum, 2002, pp.403-437.
- CALVO GALLEGO, Francisco Javier, “Responsabilidad social y voluntariedad: del soft law a la autorregulación progresivamente regulada”, en LÓPEZ CUMBRE, Lourdes (Coord.), *Autonomía y heteronomía en la responsabilidad social de la empresa*, Comares, Granada, 2012, pp. 1069-1106.
- CALVO GALLEGO, Francisco Javier, *Códigos éticos y derecho de los trabajadores. Una aproximación a la práctica de en las empresas españolas*, Bomarzo, Albacete, 2008.
- CAMÓS VICTORIA, Ignacio, “Las condiciones laborales y los derechos sociales de la gente del mar en el Convenio sobre el Trabajo Marítimo de la OIT MLC, 2006” en CABEZA PEREIRO, Jaime y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Emma

- (Coords.), *El trabajo en el mar: los nuevos escenarios jurídicos-marítimos*, Bomarzo, Albacete, 2015, pp. 109-147.
- CAMPBELL, Duncan, “La empresa globalizadora y las instituciones laborales” en BAILEY, Paul, PARISOTTO, Aurelio y RENSHAW, Geoffrey (ed.), *Las multinacionales y el empleo. La economía global de la década de 1990*, OIT, Madrid, 1995, p. 433-471.
- CAMPS RUIZ, Luis Miguel, “La responsabilidad empresarial en los grupos de sociedades”, en AA.VV. (Dir. Camps Ruiz, Luis Miguel), *Aspectos Laborales de los grupos de empresa*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pp. 9-40
- CANO GALÁN, Yolanda, “Procedimiento de negociación de los derechos de implicación de los trabajadores en las Sociedades Europeas domiciliadas en España” en PÉREZ CAMPOS, Ana I., CANO GALÁN, Yolanda *et al.*, *La implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 65-185.
- CARLEY, Mark, MARGINSON, Paul, *Negotiating European Works Councils. A comparative study of article 6 and article 13 agreement*, Eurofound Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublin, 2000.
- CARNERERO CASTILLA, Rubén, “Las normas consuetudinarias internacionales” en LÓPEZ MARTÍN, Ana Gemma (Dir.), *Temas de derecho internacional público : adaptados al espacio europeo de educación superior*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2012, pp. 171-190.
- CARROLL, Archie B., “A Three-Dimensional Conceptual Model of Corporate Performance” en *The Academy Management Review*, vol. 4, núm. 4, octubre 1979, pp. 497-505.
- CASAS BAAMONDE, María Emilia, “Dimensión transnacional de leyes nacionales, comités de empresa europeos y procesos y sentencias de conflictos colectivos” en *Relaciones Laborales*, vol. II, 1997, pp. 27-41.
- CASAS BAAMONDE, María Emilia, “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida)” en ESTEBAN VELASCO, Gaudencio y FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis (Coords.), *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 995-1069.
- CASAS BAAMONDE, María Emilia, “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (procedimiento de negociación colectiva y

- diferentes modelos de implicación convenida)” en *Revista Española de Derecho del Trabajo (Civitas)*, núm. 117, 2003, pp. 355-423.
- CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, Luis, “Una aproximación al modelo de administración de la sociedad francesa” en ALONSO LEDESMA, Carmen, ALONSO UREBA, Alberto y ESTEBAN VELASCO, Gaudencio (Dir.), *La modernización del derecho de sociedades de capital en España. Cuestiones pendiente de reforma*, Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 781-794.
- CEINOS SUÁREZ, Ángeles, “Contenidos de los Acuerdos Marco Internacionales: los derechos y principios fundamentales de carácter laboral” en ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (Coord.), *Observatorio de la negociación colectiva: empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización*, Cinca, Madrid, 2010, pp. 513-525.
- COLEMAN, Sarah, “Enforcing international framework agreements in U.S. Courts: a contract analysis” en *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 41, 2009, pp. 601-634.
- COMISIÓN EUROPEA, *Synthesis of the comments on the consultation document of the Internal Market and Services Directorate-General on the results of the study on the operation and the impacts of the statute for a European Company (SE)*, Julio, 2010, http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2010/se/summary_report_en.pdf (última consulta febrero 2016).
- CONCHON, Aline, “Workers’ voice in corporate governance. A European perspective” en *Economic Report Series*, Trades Union Congress (TUC), septiembre 2015.
- CONCHON, Aline, KLIGE, Norbert y STOLLT, Michael, *Worker board-level participation in the 31 European Economic Area countries: table*, ETUI, 2015 http://www.worker-participation.eu/content/download/5971/102108/file/BLER%20in%20Europe_comparative%20table%20for%20wp%20eu_31072015%20EN.pdf [última consulta febrero 2016].
- CORREA CARRASCO, Manuel, “Concurrencia y articulación de fuentes en la constitución del comité de empresa europeo”, en *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 53, 2000, pp. 3-27.
- CORREA CARRASCO, Manuel, “Instrumentos de responsabilidad social empresarial y gobernanza de la globalización económica” en APARICIO TOVAR, Joaquín y VALDÉS DE LA VEGA, Berta (Dirs.), *La*

- Responsabilidad Social de las Empresas en España: concepto, actores e instrumentos*, Bomarzo, Albacete, 2011, pp. 187-235.
- COSTA, Isabel da y REHFELDT, Udo, “Convenios colectivos transfronterizos en el ámbito de la empresa: avances históricos”, en PAPADAKIS, Konstantinos (ed.), *Diálogo Social y Acuerdos Transfronterizos*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009, pp. 69-92.
- COSTA, Isabel da y REHFELDT, Udo, “European Unions and American Automobile Firms: From European Works Councils to World Councils?”, *Actas del 58ª Reunión anual de la Labor and Employment Relations Association*, 2006, pp. 105-112.
- CREMERS, Jan y CARLSON, Anders, “SEs in the Czech Republic”, en CREMERS, Jan, STOLLT, Michael y VITOLS, Sigurt (Ed.), *A decade of experience with the European Company*, ETUI, Bruselas, 2013, pp. 107-122.
- CRISTÓBAL RONCERO, Rosario, “El Comité de Empresa Europeo en las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 43, 2003, pp. 157-180.
- CRUZ VILLALÓN, Jesús, “El desarrollo del proceso electoral sindical a través de las resoluciones judiciales” en *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, vol. 10-11, 1987, pp.19-82.
- CRUZ VILLALÓN, Jesús, “La actividad sindical en la empresa: viejos y nuevos problemas” en *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2007, pp. 707-731.
- CRUZ VILLALÓN, Jesús, “La representación de los trabajadores en los grupos de empresas” en VALDÉS DAL-RE, Fernando y MOLERO MARAÑÓN, María Luisa (Dirs.), *La representación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de empresa*, Fundación Francisco Largo Caballero, 2010, pp. 55-70.
- CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el derecho del trabajo: aspectos individuales”, en RODRÍGUEZ PIÑERO-ROYO, Miguel C. (Coord.), *El empleador en el derecho del trabajo. XVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Tecnos/Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Madrid, 1999.
- CUENCA GARCÍA, Ángeles, “El órgano de administración de la Sociedad Anónima Europea con domicilio social en España. Sistema dual” en BOQUERA MATARREDONA, Josefina, *La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 283-345.

- CHAHOU, Tatjana, “International instruments for Promoting Corporate Responsibility (CSR)”, *German Development Institute*, Briefing paper, 2/2005.
- CHIVITE CEBOLLA, M^a Peana, ENCISO de YZAGUIRRE, Vicente, et al., “Determinantes de la Responsabilidad Social Corporativa: la crisis y el efecto contagio” en *Revista de economía pública, social y cooperativa CIRIEC*, núm. 81, 2014, pp. 127-161.
- DAUGAREILH, Isabelle, “Responsabilidad social de las empresas transnacionales: análisis crítico y prospectiva jurídica” en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 27., núm. 1, 2009, pp. 77-106.
- DAVIGNON, Etienne, *et al.*, “European systems of worker involvement. Final Report, Group experts”, European Communities, Luxemburgo, 1997.
- DESDENTADO BONETE, Aurelio, “La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 38, 2002, pp. 241-266.
- DESDENTADO DAROCA, Elena, “La responsabilidad del empresario en la descentralización productiva. Un análisis crítico del art. 42 del Estatuto de los Trabajadores”, en AA.VV. (Dir. Gaeta, Lorenzo y Gallardo Moya, Rosario), *Los empresarios complejos: un reto para el Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2010, p.
- DÍAZ, David, PRIETO, José y DE LA PUEBLA, Ana, “Los instrumentos de gestión laboral transnacional: una visión desde la perspectiva de las relaciones colectivas”, en AA.VV., *El derecho español en el Siglo XXI en una economía globalizada*, la Ley, 2015, pp. 635-665.
- DILLER, Janelle, “¿Una conciencia social en el mercado mundial? Dimensiones laborales de los códigos de conducta, el etiquetado social y las iniciativas de los inversores” en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 118, núm. 2, 1999, pp. 111-145.
- DOMÍNGUEZ MARTÍN, Rafael, “La dimensión internacional de la responsabilidad social de la empresa”, en LÓPEZ CUMBRE, Lourdes (Coord.), *Autonomía y heteronomía en la responsabilidad social de la empresa*, Comares, Granada, 2012, pp. 13-46.
- DOW, Gregory K., *Governing the firm. Worker’s control in Theory and practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- DOZ, Yves L., “Government policies and global industries” en PORTER, Michael E. (ed.), *Competition in global industries*, Harvard Business School, Boston, 1986, pp. 225-266.

- DOZ, Yves y PRAHALAD, C.K., “Managing DMNCs: a search for new paradigm” en GHOSHAL, Sumatra y WESTNEY, ELEONOR D. (ed.), *Organization theory and the multinational corporation*, Macmillan Press, Hong Kong, 1993, p. 24-50.
- DROUNI, Renée-Claude, “El papel de la OIT en la promoción del desarrollo de los acuerdos marco internacionales”, en PAPADAKIS, Konstantinos (ed.), *Diálogo Social y Acuerdos Transfronterizos*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009, pp. 278-308.
- DUNNING, John H., “La empresa multinacional: antecedentes” en DUNNING, John H. (Coor.), *La empresa multinacional*, Fondo de Cultura Económica, México, 1976, 1ªEd en Castellano, pp. 15-66.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F., “Procedimientos para constituir una SE” en ESTEBAN VELASCO, Gaudencio y FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis (Coords.), *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 279-293.
- EIDENMÜLLER, Horst, LASÁK, Jan, “The Czech Societas Europaea Puzzle”, European Corporate Governance Institute (ECGI), Law Working Paper núm. 183, diciembre 2011.
- ELKIN, Natan, “Alcance en España de la responsabilidad social de la empresa desde la perspectiva de las normas internacionales del trabajo”, en LÓPEZ CUMBRE, Lourdes (Coord.), *Autonomía y heteronomía en la responsabilidad social de la empresa*, Comares, Granada, 2012, pp. 931-944.
- ELORZA GUERRERO, Fernando, “La protección de los derechos adquiridos en la implicación de los trabajadores en una Sociedad Anónima Europea” en AA.VV., *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007, Madrid, pp. 345-364.
- EMBED IRUJO, José Miguel, “Derecho, mercado y responsabilidad social corporativa” en *Papeles de economía española*, núm. 108, 2006, pp. 63-74.
- EMBED IRUJO, José Miguel, “La Constitución de la Sociedad Anónima Europea por creación de Holding y por fundación de filial común” en BOQUERA MATARREDONA, Josefina, *La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 193-228.
- EMBED IRUJO, José Miguel, “Los grupos de sociedades en derecho español” en AA.VV. (Dir. Camps Ruiz, Luis Miguel), *Aspectos Laborales de los grupos de empresa*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pp. 143-165.

- EMBED IRUJO, José Miguel, “Notas sobre los grupos de sociedades y su régimen jurídico” en AA.VV. (Dir. Camps Ruiz, Luis Miguel), *Aspectos Laborales de los grupos de empresa*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pp. 125-139.
- EMBED IRUJO, José Miguel, *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*, Comares, Granada, 2003.
- ENCARNATION, Dennis J. y WELL, Louis T. Jr., “Competitive strategies in global industries: a view from host governments” en PORTER, Michael E. (ed.), *Competition in global industries*, Harvard Business School, Boston, 1986, pp. 267-290.
- ERMIDA URIARTE, Óscar, “Responsabilidad social de la empresa: entre la mercadotecnia y el Derecho” en *Derecho laboral. Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, núm. 226, abril-junio 2007, pp. 307-325.
- ERNST & YOUNG CONSULTING, *Study on the operation and the impacts of the Statute for a European Company (SE): Report drawn up following call for tender from the European Commission*, 2009.
- ESPEJO MEGÍAS, Patricia, “La participación de los trabajadores en el ámbito empresarial supranacional. Aspectos controvertidos de la Directiva 2009/38/CE, del Parlamento y del Consejo, de 6 de mayo, sobre constitución de un Comité de Empresa Europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria” en *Lan Harremanak / Revista de Relaciones Laborales*, núm. 28, 2013, pp. 123-164.
- ESPÍN SÁEZ, Maravillas, “Implicación de los trabajadores en la Sociedad Cooperativa Europea. (Comentario a la Directiva 2003/72/CE del consejo, de 22 de julio de 2003)” en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 47, 2003, pp. 233-243.
- ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, “¿Es oportuno introducir en España la opción del sistema dual de administración y control? Algunas cuestiones de política jurídica y de régimen jurídico” en ALONSO LEDESMA, Carmen, ALONSO UREBA, Alberto y ESTEBAN VELASCO, Gaudencio (Dir.), *La modernización del derecho de sociedades de capital en España. Cuestiones pendiente de reforma*, Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 641-713.
- ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, “Administración y control: el sistema dual” en ESTEBAN VELASCO, Gaudencio y FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis

- (Coords.), *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 525-590.
- ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control” en ESTEBAN VELASCO, Gaudencio y FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis (Coords.), *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 637-687.
- ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, *Participación de los trabajadores en la empresa y la reforma de las Sociedades Anónimas*, Instituto de Estudios Sociales, Ministerio de Trabajo, 1980.
- ESTEVE MORA, Fernando, “El papel de los sindicatos en la redefinición del Estado de Bienestar” en *Claves de la Razón Práctica*, núm. 77, 1997, pp. 44-50.
- ESTEVE SEGARRA, M^a Amparo, *Grupo de sociedades y contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- ETUC, La co-détermination n'est pas un vain mot en Europe, Bruselas, 22 de noviembre de 2004, <https://www.etuc.org/fr/presse/la-co-d%C3%A9termination-nest-pas-un-vain-mot-en-europe#.VsR1O5PhBPU> (última consulta febrero 2016).
- EWING, K. D. , “Global Framework Agreements in context: UK and US” en *Journal of the International Centre for Trade Union Rights*, vol. 18, núm. 2, 2011, pp. 10-11.
- FAJARDO GARCÍA, Isabel-Gemma, “Constitución por fusión de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España” en BOQUERA MATARREDONA, Josefina, *La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 139-192.
- FALGUERA BARÓ, Miguel Ángel, *La externalización y sus límites. Reflexiones sobre la doctrina judicial y el marco normativo. Propuestas de regulación*, Bomarzo, Albacete, 2015.
- FERNÁNDEZ DE ARRÓYABE, Juan Carlos y ARRANZ PEÑA, Nieves, “Las redes de cooperación empresarial: ¿una organización para el próximo milenio?” en *Dirección y organización: Revista de dirección, organización y administración de empresas*, núm. 21, 1999, pp. 12-19.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, “El Reglamento de la Sociedad Europea en el marco del derecho comunitario de sociedades: consideraciones de política y técnica jurídicas” en ESTEBAN VELASCO, Gaudencio y FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis (Coords.), *La Sociedad Anónima Europea*.

- Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 19-56.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis, “Domicilio y nacionalidad de la SE. Traslado internacional de domicilio de la SE. La publicidad registral de la SE” en ESTEBAN VELASCO, Gaudencio y FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis (Coords.), *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 119-277.
- FERNÁNDEZ DOCAMPO, Beatriz, “La participación de los trabajadores en la subcontratación empresarial” en AA.VV., *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007, Madrid, pp. 503-519.
- FERNÁNDEZ DOCAMPO, Beatriz, *La participación de los trabajadores en el Derecho Social Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José, “Los sujetos protagonistas de los acuerdos marco internacionales” en *Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, núm. 28, 2012.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, José Luis, LUNA SOTORRÍO, Ladislao y FERNÁNDEZ POLANCO, José Manuel, “El etiquetado social y su efecto sobre la competitividad empresarial análisis del sello "Made in Green"” en *Economía Industrial*, núm. 390, 2013, pp. 157-170.
- FERNANDO VILLALBA, M^a Lourdes, “Sujetos que pueden participar en la constitución de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España” en BOQUERA MATARREDONA, Josefina, *La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 53-66.
- FERREIRA Daniel y KIRCHMAIER, Tom, “Corporate boards in Europe: size, Independence and gender diversity” en BELCREDI, Massimo y FERRARINI, Guido (Ed.), *Boards and shareholders in European listed companies*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 191-223.
- FERREIRO REGUEIRO, Consuelo, “La unidad económica y social: una institución ambivalente de Derecho francés con predicamento en el Derecho español”, en *Actualidad Laboral*, núm. 19-20, noviembre 2012, pp. 1946-1963.
- FLAHERTY, M. Therese, “Coordinating international manufacturing and technology” en PORTER, Michael E. (ed.), *Competition in global industries*, Harvard Business School, Boston, 1986, pp. 83-109.
- FREEMAN, R. Edward, *Strategic Management: A stakeholder approach*, Pitman Press, Boston, 1984.

- FREEMAN, R. Edward, WICKS, Andrew C. Y PARMAR, Bidhan, "Stakeholder Theory and «The corporate objective revisited»", en *Organization Science*, vol. 15, núm. 3, may-june 2004, pp. 364-369.
- GALA DURÁN, Carolina, "La gestión socialmente responsable de la cadena de suministro: posibles vías de intervención legal", en LÓPEZ CUMBRE, Lourdes (Coord.), *Autonomía y heteronomía en la responsabilidad social de la empresa*, Comares, Granada, 2012, pp. 1199-1228.
- GALÁN FONT, Juan Ignacio, "La integración publicitaria del contrato: un instrumento de derecho privado contra la publicidad engañosa" en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 4, 1988, pp. 7-47.
- GALLARDO MOYA, Rosario, "La articulación de los derechos colectivos y del sujeto sindical en los empresarios complejos", en AA.VV. (Dir. Gaeta, Lorenzo y Gallardo Moya, Rosario), *Los empresarios complejos: un reto para el Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2010, p.
- GALLARDO MOYA, Rosario, "Los acuerdos colectivos comunitarios" en BAYLOS GRAU, Antonio (Coord.), *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*, Bomarzo, Albacete, 2003, pp. 63-93.
- GALLIN, Dan, "Acuerdos Marco Internacionales: una nueva valoración", en PAPADAKIS, Konstantinos (ed.), *Diálogo Social y Acuerdos Transfronterizos*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009, pp. 39-67.
- GARAVITO MASALÍAS, Cecilia, "Mercado de trabajo, empresas transnacionales y responsabilidad social corporativa", en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (Dir.), *La dimensión laboral de la internacionalización de la empresa española*, Cinca, Madrid, 2014, pp. 23-40.
- GARCÍA JIMÉNEZ, Manuel, "La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea: experiencias comparadas y transposición al ordenamiento jurídico interno" en AA.VV., *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007, Madrid, pp. 365-382.
- GARCÍA LASO, Agustín, "Retos y límites de la responsabilidad social corporativa: una aproximación económica sobre la dimensión laboral" en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (Dir.), *La transnacionalización de las relaciones laborales*, Cinca, Madrid, 2015, pp. 31-48.
- GARCÍA MUÑOZ, Manuel, "La polivalencia conceptual del término participación" en AA.VV., *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores:*

viejas y nuevas formas institucionales. XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007, Madrid, pp. 125-143.

GARCÍA QUIÑONES, Juan Carlos, “El impacto de los grupos de empresa”, en AA.VV. (Dir. LAHERA FORTEZA, Jesús y VALDÉS DAL-RE, Fernando), *Relaciones laborales, organización de la empresa y globalización*, Madrid (Cinca), 2010, pp.

GARCÍA QUIÑONES, Juan Carlos, “La representación sindical interempresa o territorial” en VALDÉS DAL-RE, Fernando y MOLERO MARAÑÓN, María Luisa (Dirs.), *La representación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de empresa*, Fundación Francisco Largo Caballero, 2010, pp. 125-150.

GARCÍA RUESTRA, Manuel, *La Sociedad Anónima Europea*, Instituto de Estudios Europeos, Madrid, 2002.

GARCÍA RODRÍGUEZ, Luis Miguel, “Compliance y recursos humanos: «Dura compliance, sed compliance»”, en REY GUANTER, Salvador del (Dir.), *Multinacionales y globalización de los recursos humanos*, La Ley, Madrid, 2013, p. 165-176.

GARCÍA-MORENO GONZALO, José María., “Contratos entre empresas para la instrumentalización de la externalización de actividades laborales. Tipología y régimen jurídico básico” en PEDRAJAS MORENO, Abdón (Dir.), *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Lex Nova, 2002.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y MUÑOZ RUIZ, Ana Belén, “La dimensión europea de la responsabilidad social de la empresa”, en LÓPEZ CUMBRE, Lourdes (Coord.), *Autonomía y heteronomía en la responsabilidad social de la empresa*, Comares, Granada, 2012, pp. 47-64.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. y SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Sara, “El nuevo Reglamento Bruselas I: Qué ha cambiado en el ámbito de la competencia judicial” en la *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 48, 2013, pp. 9-35.

GARRIDO PÉREZ, Eva, “La Sociedad Europea: un nuevo impulso y una nueva posibilidad para la participación de los trabajadores en las empresas” en BAYLOS GRAU, Antonio (Coord.), *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*, Bomarzo, Albacete, 2003, pp. 233-270.

GHEMAWAT, Pankaj, PORTER, Michael E. Y RAWLINSON, Richard A., “Patterns of international coalition activity” en PORTER, Michael E. (ed.),

- Competition in global industries*, Harvard Business School, Boston, 1986, pp. 345-365.
- GHOSHAL, Sumatra y WESTNEY, ELEONOR D., “Introduction and overview” en GHOSHAL, Sumatra y WESTNEY, ELEONOR D. (ed.), *Organization theory and the multinational corporation*, Macmillan Press, Hong Kong, 1993, p. 1-23.
- GIL PINERO, José Ignacio, et al., *Guía para la formación sindical internacional. Globalización, negociación colectiva y acción sindical en la empresa transnacional*, CCOO, 2012.
- GIRGADO PERANDONES, Pablo, “La situación legislativa de los grupos de sociedades en el Derecho Español” en ROQUE VITOLO, Daniel y EMBID IRUJO, José Miguel (Dirs.), *El derecho de sociedades en un marco supranacional*, Comares, Granada, 2007, pp. 381-398.
- GIRGADO PERANDONES, Pablo, *La empresa de grupo y el derecho de sociedades*, Comares, Granada, 2001.
- GIRÓN TENA, JOSÉ, “Las reformas varias, pendientes, y andantes de la Sociedad Anónima en España” en *La Ley: Revista jurídica española de Doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 1989, pp. 923-942.
- GOERLICH PESET, José María, “Los grupos de sociedades en la jurisprudencia social reciente: puntos críticos” en *Información Laboral*, núm. 5, 2014, pp. 17-49.
- GOLDSTEIN, Thomas C., “Nike v. Kasky and the definition of Commercial Speech”, en *Cato Supreme Court Review*, 2002-2003, pp. 63-79.
- GÓMEZ GORDILLO, Rafael, “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima europea en el ordenamiento laboral español”, en *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 90, 2007, pp. 27-76.
- GÓMEZ GORDILLO, Rafael, “La reforma de la ley sobre derechos de información y consulta en las empresas y grupos de dimensión comunitaria ¿Un impulso para los comités de empresa europeos?”, en *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 111, 2011, pp. 85-120.
- GÓMEZ GORDILLO, Rafael, *El Comité de Empresa Europeo*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2003.
- GONZÁLEZ BEGEGA, Sergio y KÖLER, Holm-Detlev, “¿Fuegos de artificio? La representación de intereses laborales en consejos de administración a través de la Sociedad Europea (SE)”, en AAVV. (coords.), *Trabajo, economía y sociedad*, Fundación Primero de Mayo, Madrid, 2012.

- GONZÁLEZ BEGEGA, Sergio y KÖLER, Holm-Detlev, “La Sociedad Anónima Europea (SE). ¿Una oportunidad perdida para la democracia industrial en Europea?”, en *cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 33, núm. 1, 2015, pp. 65-91.
- GONZÁLEZ BEGEGA, Sergio, *Empresa transnacional y nuevas relaciones laborales. La experiencia de los Comités de Empresa Europeos*, Catarata, Madrid, 2011.
- GONZÁLEZ BEGEGA, Sergio, KÖLER, Holm-Detlev y ARANEA, Mona, “La información y consulta de trabajadores en empresas transnacionales. Dimensiones y despliegue práctico de los comités de empresa europeos” en *Revista de Derecho Social*, vol. 72, 2015, pp. 185-196.
- GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, Elías, “Participación financiera y responsabilidad social de la empresa” en AA.VV., *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007, Madrid, pp. 145-162.
- GOÑI SEIN, José Luis, “Sistemas de denuncia interna de irregularidades («whistleblowing»)” en GOÑI SEIN, José Luis (Dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 319-355.
- GOÑI SEIN, José Luis, “Valor jurídico de los códigos de conducta empresariales” en GOÑI SEIN, José Luis (Dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 583-626.
- GORDO GONZÁLEZ, Luis, “La adecuación del derecho español a la Directiva 2008/104/CE, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, en *Revista de Derecho Social*, vol. 54, 2011, pp. 135-162.
- GORELLI, Juan y GÓMEZ, Rafael, “Grupos de empresas y derechos de información de los representantes de los trabajadores”, en RODRÍGUEZ PIÑERO-ROYO, Miguel C. (Coord.), *El empleador en el derecho del trabajo. XVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Tecnos/Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Madrid, 1999,
- GÓRRIZ LÓPEZ, Carlos, “La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España: luces y sombras de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre” en ARENAS GARCÍA, Rafael, GÓRRIZ LÓPEZ, Carlos y MIQUEL RODRÍGUEZ, Jorge (Coords.), *La internacionalización del Derecho de sociedades*, Atelier, Barcelona, 2010, pp. 79-101.

- GREIFENSTEIN, Ralph, *Perspectivas de la cogestión empresarial en Alemania ¿Paralización injustificada de la obra política?*, WELSCH, Friedrich (Trad.), Friedrich Ebert Stiftung, Bonn, noviembre, 2011.
- GUILLÉN, Mauro F. Y GARCÍA-CANAL, Esteban, *Las nuevas multinacionales. Las empresas españolas en el mundo*, Ariel, Barcelona, 2011,
- HAMILL, James, “Fusiones, adquisiciones y alianzas estratégicas transnacionales” en BAILEY, Paul, PARISOTTO, Aurelio y RENSHAW, Geoffrey (ed.), *Las multinacionales y el empleo. La economía global de la década de 1990*, OIT, Madrid, 1995, p. 169-211.
- HAMILL, James, “Influencia en el empleo de los cambios de las estrategias de las multinacionales” en BAILEY, Paul, PARISOTTO, Aurelio y RENSHAW, Geoffrey (ed.), *Las multinacionales y el empleo. La economía global de la década de 1990*, OIT, Madrid, 1995, p. 131-168.
- HAMMER, Nikolaus, “Acuerdos Marco Internacionales en el contexto de la producción mundial”, en PAPADAKIS, Konstantinos (ed.), *Diálogo Social y Acuerdos Transfronterizos*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009, pp. 119-144.
- HARZING, Anne-Wil, “An empirical analysis and extensión of the Bartlett and Ghoshal typology of multinational companies” en *Journal of international Business Studies*, Núm. 31, 2000, pp- 101-120.
- HEDLUND, Gunnar, “The Hypermodern MNC– A Heterarchy” en *Human Resource Management*, Vol. 25, Number 1, 1986, pp. 9-35.
- HEPPLET, Bob, “A race to the top? International investment guidelines and corporate codes of conduct”, en *Comparative Labor Law and Policy Journal*, vol. 20, 1999, pp. 347-363.
- HERRANZ BENIGNO, Rocío, “Una aproximación a la sociedad anónima europea. Aspectos mercantiles, fiscales y de implicación de los trabajadores” en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, 2006, pp. 284-318.
- HERRERA DUQUE, M^a Jesús, *Los grupos de empresas en el ordenamiento jurídico español*, CISS PRAXIS, Valencia, 2000,
- HERWIG, Markus, PRIES, Ludger y RAMPELTSHAMMER, Luitpold, “European Works Councils as international non-profit-organisations: an organizational research approach to a crucial element of Europeanisation”, HERWIG, Markus, PRIES, Ludger y RAMPELTSHAMMER, Luitpold (Ed.), *European Works Councils in complementary perspectives*, ETUI, Bruselas, 2009, pp. 13-46.

- HYMER, Stephen H., *The international operations of national firms: a study of direct foreign investment*, MIT Press, Cambridge, 1960,
- INSA PONCE DE LEÓN, Fernando-Luis, *Los derechos de implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas Europeas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- INSTITUTO DE ESTUDIOS SINDICALES, SOCIALES Y COOPERATIVOS, *La cogestión*, Ediciones y publicaciones populares, Madrid, 1966.
- JAGODZINSKI, Romuald, “The EWC directives and the SE legal framework: symbiosis and mutual reinforcement brought to a halt?”, en CREMERS, Jan, STOLLT, Michael y VITOLS, Sigurt (Ed.), *A decade of experience with the European Company*, ETUI, Bruselas, 2013, pp. 273-289.
- JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, Juan Carlos, *La responsabilidad social de las empresas. Cómo entenderla, cómo afrontarla. Una perspectiva sindical*, Altabán, Albacete, 2006.
- JIMÉNEZ ROJAS, Francisco, *La relación individual de trabajo en los grupos de empresa*, Editum, Murcia, 2014.
- JUNGNICKEL, Rolf, “Tendencias recientes de la inversión exterior directa” en BAILEY, Paul, PARISOTTO, Aurelio y RENSHAW, Geoffrey (ed.), *Las multinacionales y el empleo. La economía global de la década de 1990*, OIT, Madrid, 1995, p. 31-74.
- KELEMEN, Melinda, “News on European Companies (SE)”, 1 junio 2012, ETUI, http://ecdb.worker-participation.eu/documents/uploads/n_news_on_se_01.06.2012.pdf, pp. 1-10.
- KELEMEN, Melinda, “News on European Companies (SE)”, diciembre 2011, ETUI, http://ecdb.worker-participation.eu/documents/uploads/n_latest__news_on_european_companie_s_01_12_2011_.pdf, pp. 1-16.
- KELEMEN, Melinda, STOLLT, Michael y CARLSON, Anders, “News on European Companies (SE)”, abril 2014, ETUI, http://ecdb.worker-participation.eu/documents/uploads/n_news-on-ses-31-03-2014-final_.pdf, pp. 1-12.
- KOCHER, Eva, “La Responsabilidad Social de las Empresas (RSE): ¿Se trata de una escenificación lograda?” en APARICIO TOVAR, Joaquín y VALDÉS DE LA VEGA, Berta (Dirs.), *La Responsabilidad Social de las Empresas en España: concepto, actores e instrumentos*, Bomarzo, Albacete, 2011, pp. 95-110.

- KÖLER, Holm-Detlev, GONZÁLEZ BEGEGA, Sergio, “¿Hacia un sistema de relaciones industriales europeo? La experiencia de los Comité de Empresa Europeos (CEUs)”, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 1, 2004, pp. 7-36.
- KÖLER, Holm-Detlev, GONZÁLEZ BEGEGA, Sergio, “European Works Councils in Spain”, HERWIG, Markus, PRIES, Ludger y RAMPELTSHAMMER, Luitpold (Ed.), *European Works Councils in complementary perspectives*, ETUI, Bruselas, 2009, pp. 187-217.
- KÖLER, Holm-Detlev, GONZÁLEZ BEGEGA, Sergio, “Génesis política y nuevas coberturas de la Directiva revisada sobre comités de empresa europeos”, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 29, núm. 2, 2011, pp. 445-469.
- KÖLER, Holm-Detlev, GONZÁLEZ BEGEGA, Sergio, “La Directiva 2009/37/CE. Nueva normativa de información y consulta de los trabajadores europeos en empresas transnacionales”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 87, 2010, pp. 169-189.
- KÖSTLER, Roland, “Europäische Aktiengesellschaften: Keine Aushöhlung der Mitbestimmung”, *Pressemitteilungen*, Hans-Böckler-Stiftung, 23 de abril de 2010, disponible en: http://www.boeckler.de/1143_1172.htm, (consultado el 13 de diciembre de 2015).
- KREIDE, Regina, “Justicia global, pobreza y responsabilidad: ¿tienen obligaciones las empresas transnacionales” en CORTÉS RODAS, Francisco y Giusti, Miguel, *Justicia global, derechos humanos y responsabilidad*, Siglo del Hombre Editores, 2007, pp. 101-133.
- LAGUNA HOLZWARTH, Enrique, “El empresario aparente y los problemas de imputación de responsabilidades empresariales”, en Blasco Pellicer, Ángel (Coord.), *El empresario laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 199-217.
- LANDA ZAPIRAIN, Juan Pablo, “Ética empresarial y responsabilidad social corporativa” en GOÑI SEIN, José Luis (Dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 139-155.
- LANDA ZAPIRAIN, Juan Pablo, “Las nuevas formas de participación en la empresa” en AA.VV., *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007, Madrid, pp. 649-707.
- LARGO GIL, Rita, BUESO GUILLÉN, Pedro José y HERNÁNDEZ SÁINZ, Esther, “La moderna instrumentalización contractual de la externalización de actividades empresariales” en RIVERO LAMAS, Juan, *Descentralización*

- productiva y responsabilidades empresariales: “El outsourcing”*, Aranzadi, 2003, pp. 317-384.
- LASAOSA IRIGOYEN, Elena, “La representación de los trabajadores en la empresa en Francia”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 43, 2003, pp. 87-105.
- LEA, David, “Las empresas multinacionales y los intereses sindicales” en DUNNING, John H. (Coor.), *La empresa multinacional*, Fondo de Cultura Económica, México, 1976, 1ªEd en Castellano, pp. 182-202.
- LILLIE, Nathan, “El convenio sobre el trabajo marítimo de la OIT, 2006: un nuevo paradigma para la implementación de los derechos laborales globales”, en PAPADAKIS, Konstantinos (ed.), *Diálogo Social y Acuerdos Transfronterizos*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009, pp. 231-260.
- LILLO PÉREZ, Enrique, “Globalización y Derecho del Trabajo”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 9, 2005, pp- 71-78.
- LINMONDIN, Karol, “The European Company (Societas Europaea) – A Successful harmonisation of corporate governance in the European Union? en *Bond Law Review*, vol. 15, issue 1, 2003, pp. 147-180.
- LOFFREDO, Antonio, “Sobre las transformaciones de la figura del empresario: entre contractualismo y sugerencias institucionales”, en AA.VV. (Dir. Gaeta, Lorenzo y Gallardo Moya, Rosario), *Los empresarios complejos: un reto para el Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2010, p.
- LÓPEZ BALAGUER, Mercedes, *La relación laboral de los trabajadores puestos a disposición: aspectos individuales y colectivos*, Tirant lo Blanch Valencia, 2001.
- LÓPEZ CUMBRE, Lourdes, “La dimensión normativa nacional de la responsabilidad social de la empresa”, en LÓPEZ CUMBRE, Lourdes (Coord.), *Autonomía y heteronomía en la responsabilidad social de la empresa*, Comares, Granada, 2012, pp. 65-118.
- LÓPEZ-CANO, Begoña, “Recursos humanos y responsabilidad social corporativa. Una aproximación práctica”, en REY GUANTER, Salvador del (Dir.), *Multinacionales y globalización de los recursos humanos*, La Ley, Madrid, 2013, p. 191-198.
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando y RON LATAS, Ricardo Pedro, *El contrato de trabajo internacional*, Thomson Reuters, Valladolid, , 2013.

- LUCAS MARÍN, Antonio, “La expansión del sector servicios en la nueva sociedad de la información” en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 21, 1996, pp. 143-154.
- MACCHIAVELLO CONTERAS, Guido, *Colaboración y cogestión en las empresas*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1968.
- MAIRA VIDAL, María del Mar, “Los Acuerdos Marco Internacionales: sentando las bases de la negociación colectiva de ámbito supranacional” en *Lan Harremanak / Revista de Relaciones Laborales*, núm. 30, 2014-I, pp. 137-162.
- MAIRA VIDAL, María del Mar, *La dimensión internacional de la Responsabilidad Social Empresarial*, Bomarzo, Albacete, 2015.
- MANRIQUE LÓPEZ, Fernando, “La participación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea”, en *Boletín de Estudios Económicos*, vol. LVII, núm. 177, diciembre 2002, pp. 543-563.
- MARTÍ LACALLE, Rocío, “El ejercicio de las competencias de los órganos sociales en las sociedades anónimas cotizadas” en EMBID IRUJO, José Miguel (Coord.), *Las competencias de los órganos sociales en las sociedades de capital*, Rirant lo Blanch / Universidad de Valencia, Valencia, 2005, pp. 101-166.
- MARTÍNEZ BARROSO, M^a de los Reyes, “Nuevos modelos de participación exigidos por la nueva organización del trabajo: representación en las empresas interdependientes t en el trabajo autónomo” en AA.VV., *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007, Madrid, pp. 765-785.
- MARTÍN-ORTEGA, Olga, *Empresas multinacionales y derechos humanos en derecho internacional*, Barcelona (Bosch editor), 2008, pp.
- MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, José, “Aspectos jurídico-laborales” en MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana (Dir.), *La expatriación de trabajadores*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 81-389.
- MCWILLIAMS, Abigail y SIEGEL, Donald, “Corporate Social Responsibility: a theory of the firm perspective” en *The Academy Management Review*, vol. 26, núm. 1, enero 2001, pp. 117-127.
- MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, Lourdes, “Disposiciones subsidiarias y comunes aplicables a las Sociedades Europeas domiciliadas en España” en PÉREZ CAMPOS, Ana I., CANO GALÁN, Yolanda *et al.*, *La implicación de*

los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 187-226.

MENDOZA NAVAS, Natividad, “La construcción de instrumentos de representación en el nivel transnacional: el Comité de Empresa Europeo y la experiencia española” en BAYLOS GRAU, Antonio (Coord.), *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*, Bomarzo, Albacete, 2003, pp. 131-152.

MENDOZA NAVAS, Natividad, *Los derechos de cogestión en el ordenamiento alemán*, Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, Cuenca, 2002.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz y VELASCO PORTERO, Teresa, “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea: la Directiva 2001/86/CE y su proyectada transposición a nuestro ordenamiento” en AA.VV., *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007, Madrid, pp. 383-400.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz, “El comité de Empresa Europeo y los procedimientos alternativos de información y consulta” en GARCÍA MURCIA, Joaquín (Coord.), *La transposición del derecho social comunitario al ordenamiento español: un balance en el XX aniversario de la incorporación de España a la Comunidad Europea*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005, pp. 523-545.

MERCADER UGUINA, Jesús R., “Derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (La Ley 10/1997, de 24 de abril, de trasposición de la Directiva 94/45/CE, sobre el comité de empresa europeo)”, en *Relaciones Laborales*, núm. 14, 1997, pp. 1023-1044.

MERCADER UGUINA, Jesús R., “Las nuevas formas de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y la Constitución Europea como telón de fondo”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 57, 2005, pp. 281-302.

MERCADER UGUINA, Jesús R., “Sistema de fuentes y globalización” en *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 119, 2003, pp. 667-690.

MERINO SEGOVIA, Amparo y RENTERO JOVER, Antonio, “Fórmulas atípicas de regulación de las relaciones laborales en la empresa transnacional: códigos de conducta y buenas prácticas” en BAYLOS GRAU, Antonio (Coord.), *La*

- dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*, Bomarzo, Albacete, 2003, pp. 271-302.
- MERINO SEGOVIA, Amparo, “El surgimiento de un nuevo modelo de relaciones industriales transfronterizo: un desafío para las legislaciones nacionales” en GOÑI SEIN, José Luis (Dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 157-197.
- MERINO SEGOVIA, Amparo, “Mecanismos de regulación de la responsabilidad social de las empresas europeas” en RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M^a Luz, *La negociación colectiva europea*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 337-395.
- MILLER, Doug, “La política de la FITTVC sobre el diálogo transfronterizo en el sector textil, del vestido y el calzado: estrategias emergentes en un sector regido por códigos de conducta y empresas reticentes”, en PAPADAKIS, Konstantinos (ed.), *Diálogo Social y Acuerdos Transfronterizos*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009, pp. 199-230.
- MOLERO MARAÑÓN, M^a Luisa, “La representación de los trabajadores en los procesos de subcontratación” en VALDÉS DAL-RE, Fernando y MOLERO MARAÑÓN, María Luisa (Dirs.), *La representación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de empresa*, Fundación Francisco Largo Caballero, 2010, pp. 71-100.
- MOLERO MARAÑÓN, M^a Luisa, “Sobre la inminente necesidad de revisar el concepto de empresario en su dimensión jurídico-laboral”, en *Relaciones Laborales*, 2001, núm. 7, pp.1.
- MOLINA MARTÍN, Amparo M., “La regulación de la movilidad geográfica internacional de trabajadores: instrumentos y contenidos con especial atención a la negociación colectiva”, en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (Dir.), *La dimensión laboral de la internacionalización de la empresa española*, Cinca, Madrid, 2014, pp. 97-122.
- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal y OLARTE, Sofía, “Los grupos de empresas: ¿definitivamente una unidad de negocio de ámbito empresarial y no supraempresarial?”, en *Actualidad Laboral*, núm. 3, 1993, pp. 773-786.
- MOLINER TAMBORERO, Gonzalo, “La competencia judicial internacional de los órganos de la jurisdicción española en el orden social (con dos adendas: I) Sobre cuestiones procesales relacionadas con ella; II) relación de sentencias de contenido internacional dictadas por la sala IV del Tribunal Supremo” en SALINAS MOLINA, Fernando (Dir.), *Derecho internacional privado*.

- Trabajadores extranjeros aspectos sindicales, laborales y de seguridad social*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 377-520.
- MOLINER TAMBORERO, Gonzalo, “La problemática procesal de los grupos de empresa”, en AA.VV. (Dir. Camps Ruiz, Luis Miguel), *Aspectos Laborales de los grupos de empresa*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pp. 75-122.
- MONEREO PÉREZ, José Luis, FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio, GARCÍA VALVERDE, María Dolores y Maldonado Molina, Juan Antonio, *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Estudio sistemático y crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- MONTALENTI, Paolo, “La experiencia italiana en la configuración de los modelos monista y dualista de administración y control” en ALONSO LEDESMA, Carmen, ALONSO UREBA, Alberto y ESTEBAN VELASCO, Gaudencio (Dir.), *La modernización del derecho de sociedades de capital en España. Cuestiones pendiente de reforma*, Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 547-566.
- MORATO GARCÍA, Rosa María, “Códigos de comportamiento ético para directivos y trabajadores de la empresa multinacional”, en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (Dir.), *La dimensión laboral de la internacionalización de la empresa española*, Cinca, Madrid, 2014, pp. 123-152.
- MORATO GARCÍA, Rosa María, “Incumplimiento de los códigos de conducta y potestad disciplinaria del empresario” en GOÑI SEIN, José Luis (Dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 413-456.
- MORATO GARCÍA, Rosa María, “La aplicación transnacional de los códigos de conducta del sector financiero y asegurador: los casos de Mapfre, BBVA y Banco Santander” en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (Dir.), *La transnacionalización de las relaciones laborales*, Cinca, Madrid, 2015, pp. 67-81.
- MORENO VIDA, María Nieves, *El trabajo en régimen de empresas de Trabajo Temporal. Estudio del ordenamiento interno y comunitario*, Comares, Granada, 2005.
- MORILLO BALADO, Rosario, *La representación sindical en los órganos de gobierno de las empresas: la regulación en los países europeos*, Informe Gabinete Interfederal CCOO, 2013.
- NADAL VIGNOLO, Stella Maris, *La empresa transnacional en el marco laboral*, Madrid, Ediciones cultura hispánica, 1983, pp.

- NAVARRO LÓPEZ, Vicente, “¿Están los Estados perdiendo su poder con la globalización?” en *Documentos y Aportes en Administración Pública y Gestión Estatal*, núm. 1, 2001, pp.7-26.
- NAVARRO NIETO, Federico, “La acción colectiva de los empresarios en las relaciones laborales: características organizativas y problemática jurídica”, en RODRÍGUEZ PIÑERO-ROYO, Miguel C. (Coord.), *El empleador en el derecho del trabajo. XVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Tecnos/Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Madrid, 1999,
- NIETO ROJAS, Patricia, *Las representaciones de los trabajadores en la empresa*, Lex Nova/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena, “La huelga en el Derecho Internacional y la protección multinivel” en FOTINOPOULOU BASURKO, Olga (Dir.), *El derecho de huelga en el Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 15-84.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena, “Partes negociadoras de los convenios colectivos estatutarios atípicos: grupos de empresa, redes intersectoriales, empresas de trabajo temporal y franjas de trabajadores”, en VALDÉS DAL.RÉ, Fernando (Dir.), *Manual Jurídico de Negociación Colectiva*, La Ley, Las Rozas, 2008, pp. 289-336.
- O’KEAN ALONSO, José María, “El nuevo entorno económico”, en RODRÍGUEZ PIÑERO-ROYO, Miguel C. (Coord.), *El empleador en el derecho del trabajo. XVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Tecnos/Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Madrid, 1999,
- OIT (Grupo de Trabajo sobre las Dimensiones Sociales de la Liberalización del Comercio Internacional), *Examen general de los acontecimientos globales y de las actividades de la Oficina en relación con los códigos de conducta, el etiquetado social y otras iniciativas del sector privado que revisten importancia para las cuestiones laborales*, Documento GB.273/WP/SDL/1, 1998, Ginebra.
- OJEDA AVILÉS, Antonio, “Aspectos laborales de las redes de empresas”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 125, 2005, pp. 797-826.
- OJEDA AVILÉS, Antonio, *Derecho Transnacional del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- OJEDA AVILES, Antonio, *La cogestión de las grandes empresas en Europa. La experiencia alemana y la ley de cogestión de 1976*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1978.

OLMO GASCÓN, Ana Marta, “Constitución de un Comité de Empresa Europeo en franquicias de dimensión comunitaria” en BAYLOS GRAU, Antonio (Coord.), *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*, Bomarzo, Albacete, 2003, pp. 191-202.

ORLANDINI, Giovanni, “Las transformaciones de la empresa transnacional: reglas sociales y condicionantes de mercado”, en GAETA, Lorenzo y GALLARDO MOYA, Rosario (Dir.), *Los empresarios complejos: un reto para el Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2010, p.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso, *Gestión contractual de trabajadores expatriados*, Madrid, (Instituto Español de Comercio Exterior), 2012.

ORTIZ LALLANA, Carmen, “La participación de los trabajadores en el plano internacional y comunitario” en AA.VV., *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007, Madrid, pp. 213-289.

PALAO MORENO, Guillermo, “El domicilio social de la Sociedad Anónima Europea y su traslado” en BOQUERA MATARREDONA, Josefina, *La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 67-96.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, “Autorregulación empresarial en Códigos de Conducta y autonomía colectiva: puntos de fricción” en GOÑI SEIN, José Luis (Dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 627-638.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, “El trabajo autónomo y las propuestas de refundación del Derecho del Trabajo” en *Relaciones Laborales*, 2000, vol. 1, pp. 429-443.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, “La dimensión transnacional de la responsabilidad social empresarial”, en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (Dir.), *La dimensión laboral de la internacionalización de la empresa española*, Cinca, Madrid, 2014, pp. 15-22.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, “La función y la refundación del Derecho del Trabajo” en *Relaciones Laborales*, vol. 2, 2000, pp. 157-168.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, “La participación de los trabajadores en la empresa (una revisión institucional)” en AA.VV., *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007, Madrid, pp. 31-65.

- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, “La responsabilidad del empresario en organizaciones complejas de empresas”, en Blasco Pellicer, Ángel (Coord.), *El empresario laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 220-231.
- PAPADAKIS, Konstantinos, “Investigaciones sobre el diálogo social transnacional y los acuerdos marco internacionales” en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 127, núm. 1, 2008, pp. 109-115.
- PAPADAKIS, Konstantinos, CASALE, Giuseppe y TSOTROUDI, “Acuerdos Marco Internacionales como elementos de un marco transfronterizo de relaciones industriales”, en PAPADAKIS, Konstantinos (ed.), *Diálogo Social y Acuerdos Transfronterizos*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009, pp. 95-118.
- PASTOR QUINTANA, Pablo, “Recursos humanos, «outsourcing» internacional y las nuevas formas de gestión del trabajo”, en REY GUANTER, Salvador del (Dir.), *Multinacionales y globalización de los recursos humanos*, La Ley, Madrid, 2013, p. 201-207.
- PERDICES HUETOS, Antonio y RIAÑO LÓPEZ, Dámaso, “El gobierno corporativo en España” en GOÑI SEIN, José Luis (Dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 31-58.
- PÉREZ CAMPOS, Ana I., “Marco general del sistema de implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas Europeas” en PÉREZ CAMPOS, Ana I., CANO GALÁN, Yolanda *et al.*, *La implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 17-63.
- PÉREZ ESCOLAR, Rafael, *La Sociedad Anónima Europea*, Montecorvo, Madrid, 1972.
- PÉREZ REY, Joaquín , “El empresario complejo y la necesidad de un derecho del trabajo insolente”, en AA.VV. (Dir. Gaeta, Lorenzo y Gallardo Moya, Rosario), *Los empresarios complejos: un reto para el Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2010, p.
- PÉREZ YÁÑEZ, Rosa María, “Los Acuerdos Marco Internacionales como experiencias de la negociación colectiva transnacional” en ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (Coord.), *Observatorio de la negociación colectiva: empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización*, Cinca, Madrid, 2010, pp.463-487.
- PÉREZ YÁÑEZ, Rosa, “Problemática de los acuerdos de empresa en las organizaciones empresariales atípicas”, en RODRÍGUEZ PIÑERO-ROYO, Miguel C. (Coord.), *El empleador en el derecho del trabajo. XVI Jornadas*

- Universitarias Andaluza de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Tecnos/Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Madrid, 1999,
- PERLMUTTER, Howard V., “L’entreprise internationale – Trois conceptions”, en *Revue Economique et Sociale*, Mayo, 1965, pp. 151-165.
- PERLMUTTER, Howard V., “The tortuous evolution of the multinational corporation” en *Columbia Journal of World Business*, January-February, 1969, pp. 9-17.
- PICARD, Séverine, *European Works Councils: a trade union guide to Directive 2009/38/EC*, ETUI, Bruselas, 2010, Report 114.
- PIQUERAS PIQUERAS, M^a Carmen, “Análisis de algunos supuestos de creación por la negociación colectiva de órganos de representación de los trabajadores en empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria en España” en BAYLOS GRAU, Antonio (Coord.), *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*, Bomarzo, Albacete, 2003, pp. 203-232.
- PIZZOLANTE NEGRÓN, Italo, *De la responsabilidad social empresarial a la empresa socialmente*, Ediciones Ciencias Sociales, Madrid, 2009.
- PLATZER, Hans-Wolfgang y RÜN, Stefan, *Los Acuerdos Marco Internacionales. ¿Un instrumento para imponer los Derechos Humanos Sociales?*, Friedrich Ebert Stiftung, Febrero 2014.
- PLATZER, Hans-Wolfgang, “Approaching and theorizing European Works Councils: comments on the emergence of a European multi-level-structure of employee involvement and participation”, HERWIG, Markus, PRIES, Ludger y RAMPELTSHAMMER, Luitpold (Ed.), *European Works Councils in complementary perspectives*, ETUI, Bruselas, 2009, pp. 47-69.
- PLITT, David, “La Directiva 94/45/CE, sobre el Comité de Empresa Europeo, nomótesis de su trasposición al derecho español y alemán”, en *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 47, 1998, pp. 107-139.
- PONS CARMENA, María, *La participación de los trabajadores en la empresa en el ámbito de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- PORTER, Michael E. Y FULLER, Mark B., “Coalitions and global strategy” en PORTER, Michael E. (ed.), *Competition in global industries*, Harvard Business School, Boston, 1986, pp. 315-343.
- PORTER, Michael E., “Competition in global industries: a conceptual framework” en PORTER, Michael E. (ed.), *Competition in global industries*, Harvard Business School, Boston, 1986, pp- 15-60.

- PORTUGAL FERREIRA, Manuel, “A bibliometric study on Ghoshal’s Managing Across Borders”, en *The Multinational Business Review*, Vol. 19, Núm. 4, 2011, pp- 357-375.
- PRECIADO DOMÈNECH, Carlos Hugo, *Los grupos de empresas tras las últimas reformas laborales*, Bomarzo, Albacete, 2014.
- PUEBLA PINILLA, Ana de la, *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús, “El sistema monista” en ESTEBAN VELASCO, Gaudencio y FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis (Coords.), *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 591-636.
- QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz, “La necesaria adaptación de las estructuras de representación en la empresa”, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 2, 2007, pp. 95-115.
- QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz, *Dimensión de la empresa y órganos de representación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- QUINTANILLA NAVARRO, R. Yolanda, “Procedimientos judiciales sobre cuestiones litigiosas surgidas en aplicación de la Ley 31/2006, de 18 de octubre” en PÉREZ CAMPOS, Ana I., CANO GALÁN, Yolanda *et al.*, *La implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 265-299.
- RAMÍREZ MARTÍNEZ, José María, “La evolución de la política social en la Unión Europea hasta el Tratado de Lisboa”, en CAMPS RUIZ, Miguel, et al. (coord.), *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos en memoria del Profesor Ignacio Albiol Montesinos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 881-898.
- RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan M., “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España” en BOQUERA MATARREDONA, Josefina, *La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 379-411.
- RASKOVIC, Matevz, MAKOVEC BRENCIC Maja y JAKLIC Marko, “Antecedents and evolution of the Bartlett and Ghoshal transnational typology” en *The Multinational Business Review*, Vol. 21, Núm. 2, 2013, pp- 148-173.
- REHFELDT, Udo, “La negociación colectiva de empresa transnacional en Europa: dinámicas históricas, formas y retos” en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 32, núm. 2, 2014, pp. 385-410.

- REHFELDT, Udo, VOSS, Eckhard, PULIGNANO, Valeria, et al., *Employee involvement in companies under the European Company Statute*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublín, 2011.
- REY GUANTER, Salvador del, *La dimensión de la empresa en la reforma de la legislación laboral de 1994*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- RIVOLI, Pietra y WADDOCK, Sandra, “«First they ignore you...»: the time-context dynamic and the corporate responsibility” en *California Management Review*, Vol. 53, núm. 2, invierno 2011, pp. 87-104.
- ROCHA SÁNCHEZ, Fernando, “La Responsabilidad Social de las Empresas en tiempos de crisis. Reflexiones desde una perspectiva sindical” en APARICIO TOVAR, Joaquín y VALDÉS DE LA VEGA, Berta (Dirs.), *La Responsabilidad Social de las Empresas en España: concepto, actores e instrumentos*, Bomarzo, Albacete, 2011, pp. 139-159.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, “La participación en la gestión empresarial a través de la contratación colectiva: la ampliación de las funciones negociales” en AA.VV., *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007, Madrid, pp. 823-844.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, José Miguel, MELLE HERNÁNDEZ, Mónica y SASTRE CENTENO, José Manuel, *Gobierno y responsabilidad social de la empresa*, Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas, AECA, Madrid, 2007.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M^a Luz, “Los medios autónomos de solución de conflictos de trabajo en el espacio comunitario” en BAYLOS GRAU, Antonio (Coord.), *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*, Bomarzo, Albacete, 2003, pp. 119-127.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel C., “El Derecho del Trabajo en la era de la globalización”, en *Gaceta Sindical: Reflexión y debate*, núm. 2, junio 2002, p. 161-178.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel C., “Información y consulta de los trabajadores a nivel transnacional comunitario: El modelo negocial”, *Relaciones Laborales*, 1995, vol. II, pp. 51-60.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel C., “Información y consulta de los trabajadores a nivel transnacional comunitario: El modelo estandar”, *Relaciones Laborales*, 1995, vol. II, pp. 61-69.

- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel, “La participación de los trabajadores en empresas con estructura compleja” en *Relaciones Laborales*, 1990, vol. 1, pp. 67-73.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel, “Los derechos de información y consulta de los trabajadores y la dimensión comunitaria de la empresa” en *Relaciones Laborales*, 1990, vol. 1, pp. 74-82.
- ROJO TORRECILLA, Eduardo, “Pasado, presente y futuro del Derecho del Trabajo” en *Relaciones Laborales*, 1997, vol. II, pp. 232-256.
- ROMERAL HERNÁNDEZ, Josefa, *Efectos de la descentralización productiva sobre las relaciones colectivas de trabajo: ETT y contratas*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2006.
- ROMERO RODENAS, María José “El centro de trabajo como circunscripción electoral. Centro de trabajo y lugar de trabajo” en ROMERO RODENAS, María José (Coord.), *Aspectos conflictivos de las elecciones Sindicales*, Bomarzo, Albacete, 2006, pp. 87-100.
- ROMERO, Ana T., “Las empresas multinacionales en el sector servicios: cuestiones de concepto y de política económica” en BAILEY, Paul, PARISOTTO, Aurelio y RENSHAW, Geoffrey (ed.), *Las multinacionales y el empleo. La economía global de la década de 1990*, OIT, Madrid, 1995, p. 389-432.
- RÜB, Stefan, “World Works Councils and other forms of global employee representation in transnational undertakings”, *Hans-Böckler-Stiftung, Arbeitspapier* núm. 55, 2002, disponible en: http://www.boeckler.de/pdf/p_arbp_055.pdf, (consultado el 1 de febrero de 2016).
- RUIZ MIGUEL, Carlos, “Derechos Fundamentales y responsabilidad social corporativa: un problema de eficacia transnacional” en *Pensamiento Constitucional*, vol. 14, núm. 14, 2008, pp. 207-224.
- SÁEZ LARA, Carmen, “La directiva 94/45, sobre el Comité de Empresa Europeo y su transposición al derecho español” en Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 78, 1996, pp. 619-645.
- SAIZ ÁLVAREZ, José María, *Outsourcing y creación de empleo, ¿una estrategia de futuro?*, Ediciones FIEC, Madrid, 2008.
- SALA FRANCO, Tomás, “Descentralización laboral y responsabilidad empresarial en España” en SALA FRANCO, Tomás, MANGARELLI, Cristina y TAPIA GUERRERO, Francisco J. (Coord.), *La descentralización empresarial y la responsabilidad laboral en américa Latina y España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 129-179.

- SALA FRANCO, Tomás, “Las relaciones colectivas en los grupos de empresa”, en AA.VV. (Dir. Camps Ruiz, Luis Miguel), *Aspectos Laborales de los grupos de empresa*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pp. 43-58
- SALAS OLLÉ, Carles, RODRÍGUEZ LUNA, Javier y SARO OTS, Héctor, “La responsabilidad social corporativa: economía social y ISO 26000”, en Congreso Internacional de Prevención de Riesgos Laborales: "Eighth International Conference on Occupational Risk Prevention", 2010.
- SALCEDO BELTRÁN, M^a Carmen, “Sucesión empresarial y mantenimiento de la representación unitaria” en ROMERO RODENAS, María José (Coord.), *Aspectos conflictivos de las elecciones Sindicales*, Bomarzo, Albacete, 2006, pp. 287-299.
- SAMPER JUAN, Joaquín, “Los sistemas tradicionales y el régimen español de participación de los trabajadores” en AA.VV., *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007, Madrid, pp. 437-484.
- SÁNCHEZ RUS, Heliodoro, “Constitución de la SE por transformación de SA” en ESTEBAN VELASCO, Gaudencio y FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis (Coords.), *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 469-524.
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina, “El concepto de Trabajador por cuenta ajena en el Derecho Español y comunitario” en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 37, 2002, pp. 37-59.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda, AGUILERA IZQUIERDO, Raquel, GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, Beatriz y DE NIEVES NIETO, Nuria, “Los sujetos colectivos en la empresa: un estudio jurisprudencial” en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 43, 2003, pp. 31-43.
- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “Códigos de conducta para proveedores y contratistas en empresas multinacionales españolas”, en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (Dir.), *La dimensión laboral de la internacionalización de la empresa española*, Cinca, Madrid, 2014, pp. 201-234.
- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “Códigos de conducta para proveedores y contratistas de empresas multinacionales españolas” en *Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, núm. 40, 2015.
- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “Eficacia jurídica de los productos de la acción sindical transnacional” en GORELI HERNÁNDEZ, Juan (Coord.), *El*

derecho a la negociación colectiva, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2014, pp. 479-484.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “La transnacionalización del derecho del trabajo y las multinacionales españolas”, en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (Dir.), *La dimensión laboral de la internacionalización de la empresa española*, Cinca, Madrid, 2014, pp. 85-94.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “Los alcances de la Responsabilidad Social de las Empresas Multinacionales: del grupo a la cadena de producción” en ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (Coord.), *Observatorio de la negociación colectiva: empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización*, Cinca, Madrid, 2010, pp. 487-513.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “Los alcances de la responsabilidad social de las empresas multinacionales: del grupo a la cadena de producción” en *Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, núm. 22, 2010.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “Los instrumentos de gestión laboral transnacional de las empresas multinacionales: una realidad poliédrica aún en construcción” en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (Dir.), *La transnacionalización de las relaciones laborales*, Cinca, Madrid, 2015, pp. 15-29.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, GARCÍA LANDABURU, María Katia y VIVAS PONCE, Milagros, “Una experiencia exitosa de defensa internacional de los derechos sindicales: el caso Topy Top” en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (Dir.), *La transnacionalización de las relaciones laborales*, Cinca, Madrid, 2015, pp. 147-161.

SANTOS FERNÁNDEZ, María Dolores, “Virtualidad identificadora del poder e identificación (virtuosa) de nuevos centros de poder”, en GAETA, Lorenzo y GALLARDO MOYA, Rosario (Dir.), *Los empresarios complejos: un reto para el Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2010, p.

SANZ ISLA, María Elena, “La globalización de recursos humanos en el mercado latinoamericano”, en REY GUANTER, Salvador del (Dir.), *Multinacionales y globalización de los recursos humanos*, La Ley, Madrid, 2013, p. 81-89.

SEQUEIRA MARTÍN, Adolfo, “La constitución mediante fusión de la Sociedad Anónima Europea (SE)” en ESTEBAN VELASCO, Gaudencio y FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis (Coords.), *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 295-384.

- SERRA GIMÉNEZ, Francisco, “Las transformaciones del derecho en el capitalismo actual” en APARICIO TOVAR, Joaquín y VALDÉS DE LA VEGA, Berta (Dirs.), *La Responsabilidad Social de las Empresas en España: concepto, actores e instrumentos*, Bomarzo, Albacete, 2011, pp. 63-82.
- SERRANO GARCÍA, M^a José, “La negociación colectiva europea y los acuerdos “libres”: la vinculación del Acuerdo europeo sobre el Teletrabajo” en BAYLOS GRAU, Antonio (Coord.), *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*, Bomarzo, Albacete, 2003, pp. 95-118.
- SIERRA HERNÁIZ, Elisa, “Tipificación y caracterización de los códigos de conducta unilaterales de las empresas” en GOÑI SEIN, José Luis (Dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 221-261.
- SIOTTO, Federico, “Las transformaciones de la empresa y las formas de organización colectiva de los trabajadores”, en GAETA, Lorenzo y GALLARDO MOYA, Rosario (Dir.), *Los empresarios complejos: un reto para el Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2010, p.
- SOBZAK, André, “Aspectos legales de los acuerdo marco internacionales en el campo de la responsabilidad social de las empresas”, en PAPADAKIS, Konstantinos (ed.), *Diálogo Social y Acuerdos Transfronterizos*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009, pp. 147-164.
- SOLÁ MONELLS, Xavier, “La participación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea” en DEL REY GUANTER, Salvador, *Sociedad mercantil y relación laboral*, La Ley, Madrid, 2007, pp.111-157.
- SOLER ARREBOLA, José A., “Contenidos de los Acuerdos Marco Internacionales: condiciones laborales básicas y prescripciones complementarias” en ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (Coord.), *Observatorio de la negociación colectiva: empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización*, Cinca, Madrid, 2010, pp. 525-547.
- SOLER ARREBOLA, José A., “Los acuerdos marco internacionales suscritos por empresas españolas: encuadramiento y caracterización general”, en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (Dir.), *La dimensión laboral de la internacionalización de la empresa española*, Cinca, Madrid, 2014, pp. 155-180.
- SOLER ARREBOLA, José A., “Nuevas tendencias en los acuerdos marco internacionales: el acuerdo sobre prevención de incendios y seguridad en la construcción en Bangladesh” en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (Dir.), *La transnacionalización de las relaciones laborales*, Cinca, Madrid, 2015, pp. 97-114.

- STEUER, Max y GENNARD, John, “Relaciones industriales, disputas laborales y utilización de la fuerza de trabajo en las operaciones de propiedad extranjera que operan en el Reino Unido” en DUNNING, John H. (Coor.), *La empresa multinacional*, Fondo de Cultura Económica, México, 1976, 1ªEd en Castellano, pp. 109-178.
- STOLLT, Michael, KLUGE, Norbert, “The potential of employee involvement in the SE to Foster the Europeanization of Labour relations”, *Transfer: European Review of Labour and Research*, vol. 17, núm. 2, mayo 2011, pp. 181-191.
- STOPFORD, Jhon M. Y WELLS, Louis T., *Managing the multinational enterprise: Organization of the firm and ownership of the subsidiaries*, Basic Books, New York, 1972.
- SUPIOT, Alain, *Crítica del Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996 (Gil Gil, José Luis Traduc., original 1994) , p. 204
- TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, “Reflexiones sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad social de la empresa”, en LÓPEZ CUMBRE, Lourdes (Coord.), *Autonomía y heteronomía en la responsabilidad social de la empresa*, Comares, Granada, 2012, pp. 1017-1067.
- TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *Aspectos jurídico-laborales de la Responsabilidad Social Corporativa*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2008.
- TAVARES da COSTA, Carla y de MEESTER BILREIRO, Alexandra, *The European Company Statute*, Kluwer Law International, 2003.
- TEICHMANN, Christoph, “La SE: ¿Reforma o cambio de modelo?” en ALONSO LEDESMA, Carmen, ALONSO UREBA, Alberto y ESTEBAN VELASCO, Gaudencio (Dir.), *La modernización del derecho de sociedades de capital en España. Cuestiones pendiente de reforma*, Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 59-92.
- TERRADILLOS ORMAETXEA, Edurne, “La negociación colectiva europea en la empresa transnacional” en RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Mª Luz, *La negociación colectiva europea*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 265-336.
- TERRADILLOS ORMAETXEA, Edurne, “La participación de los trabajadores en la transposición de la Directiva sobre la Sociedad Anónima Europea y sus repercusiones sobre la normativa mercantil” en *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2006, pp. 1057-1083.
- TERRADILLOS ORMAETXEA, Edurne, *La representación colectiva de los trabajadores en los grupos de empresas*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000.

- TORRENTS MARGALEF, Jorge, “Los comités de empresa europeos (análisis de resultados ante el inicio de una nueva fase)” en VALDÉS DAL-RE, Fernando y MOLERO MARAÑÓN, María Luisa (Dirs.), *La representación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de empresa*, Fundación Francisco Largo Caballero, 2010, pp. 209-237.
- TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel, *La modificación unilateral de condiciones de trabajo por el empresario*, El Derecho, Madrid, 2012.
- UNZURRUNZAGA ITURBE, Alberto, “Regulación interna: códigos de conducta McDonald’s”, en REY GUANTER, Salvador del (Dir.), *Multinacionales y globalización de los recursos humanos*, La Ley, Madrid, 2013, p. 145-151.
- VALDÉS ALONSO, Alberto, “Facultades de los representantes de la empresa usuaria respecto de los trabajadores en misión” en VALDÉS DAL-RE, Fernando y MOLERO MARAÑÓN, María Luisa (Dirs.), *La representación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de empresa*, Fundación Francisco Largo Caballero, 2010, pp. 101-123.
- VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “Empresarios sin empresas y empresas sin empresarios: los problemas de la representación y negociación colectiva de los trabajadores de las ETT” en *Relaciones Laborales*, 2006, vol. 1, pp.65-73.
- VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “La descentralización productiva y la formación de un nuevo paradigma de empresa”, en *Relaciones Laborales*, vol. 2, 2001, pp. 59-66.
- VALDÉS DAL-RE, Fernando, “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea (evolución, marco general y disposiciones de referencia)” en ESTEBAN VELASCO, Gaudencio y FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis (Coords.), *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 1071-1110.
- VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: un paradigma del nuevo derecho comunitario” en *Relaciones Laborales*, vol. 1, 2003, pp. 149-162.
- VALDÉS DAL-RE, Fernando, “Los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea” en VALDÉS DAL-RE, Fernando y MOLERO MARAÑÓN, María Luisa (Dirs.), *La representación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de empresa*, Fundación Francisco Largo Caballero, 2010, pp. 239-271.
- VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “Los derechos de información y consulta en el Derecho social comunitario”, en *Relaciones Laborales*, núm. 9, 2008, pp-1-10.

- VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “Nuevas formas de organización de la empresa, globalización y relaciones laborales”, en LAHERA FORTEZA, Jesús y VALDÉS DAL-RÉ, Fernando (Dir.), *Relaciones laborales, organización de la empresa y globalización*, Madrid, Cinca, 2010, pp.
- VALDÉS DE LA VEGA, Berta, *Las empresas de trabajo temporal*, Comares, Granada, 2001.
- VASQUEZ, Fernando, “La participación de los trabajadores: la dimensión comunitaria y los principios que inspiran la Directiva” en ESTEBAN VELASCO, Gaudencio y FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis (Coords.), *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 915-993.
- VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, “Características generales de la Sociedad Europea. Fuentes de regulación, capital y denominación” en ESTEBAN VELASCO, Gaudencio y FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis (Coords.), *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 57-117.
- VICIANO PASTOR, Javier, “La Sociedad Anónima Europea como instrumento para el ejercicio de la libertad de empresa comunitaria. El sistema de fuentes en la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España” en BOQUERA MATARREDONA, Josefina, *La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 29-52.
- VIDA SORIA, José, MONEREO PÉREZ José Luis, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal y MORENO VIDA, María Nieves, *Manual de Derecho Sindical*, Comares, Granada, 7ªed., 2012.
- VILLA GIL, Luis Enrique de la, “El concepto de empresario-empileador en Derecho del Trabajo”, en Blasco Pellicer, Ángel (Coord.), *El empresario laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- VILLA GIL, Luis Enrique de la, “La codecisión y la cogestión en las esferas privada y pública (un estudio descriptivo del sistema alemán)” en *Cuadernos de política Social*, núm. 41, 1959.
- VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo, *Los acuerdos marco sobre la estructura de la negociación colectiva: naturaleza jurídica, eficacia, contenido*, Comares, Granada, 1998.
- VIVERO SERRANO, Juan Bautista, “La formación de redes sindicales en las empresas multinacionales españolas: los casos de Repsol y Telefónica” en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (Dir.), *La transnacionalización de las relaciones laborales*, Cinca, Madrid, 2015, pp. 85-96.

VIVERO SERRANO, Juan Bautista, “Las redes sindicales de empresas multinacionales como manifestación de base del sindicalismo internacional”, en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (Dir.), *La dimensión laboral de la internacionalización de la empresa española*, Cinca, Madrid, 2014, pp. 181-197.

VLADECJ, David C., “Lessons from a story untold: Nike v. Kasky reconsidered”, en *Case Western Reserve Law Review*, vol. 54, núm. 4, 2004, pp. 1049-1089.